This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

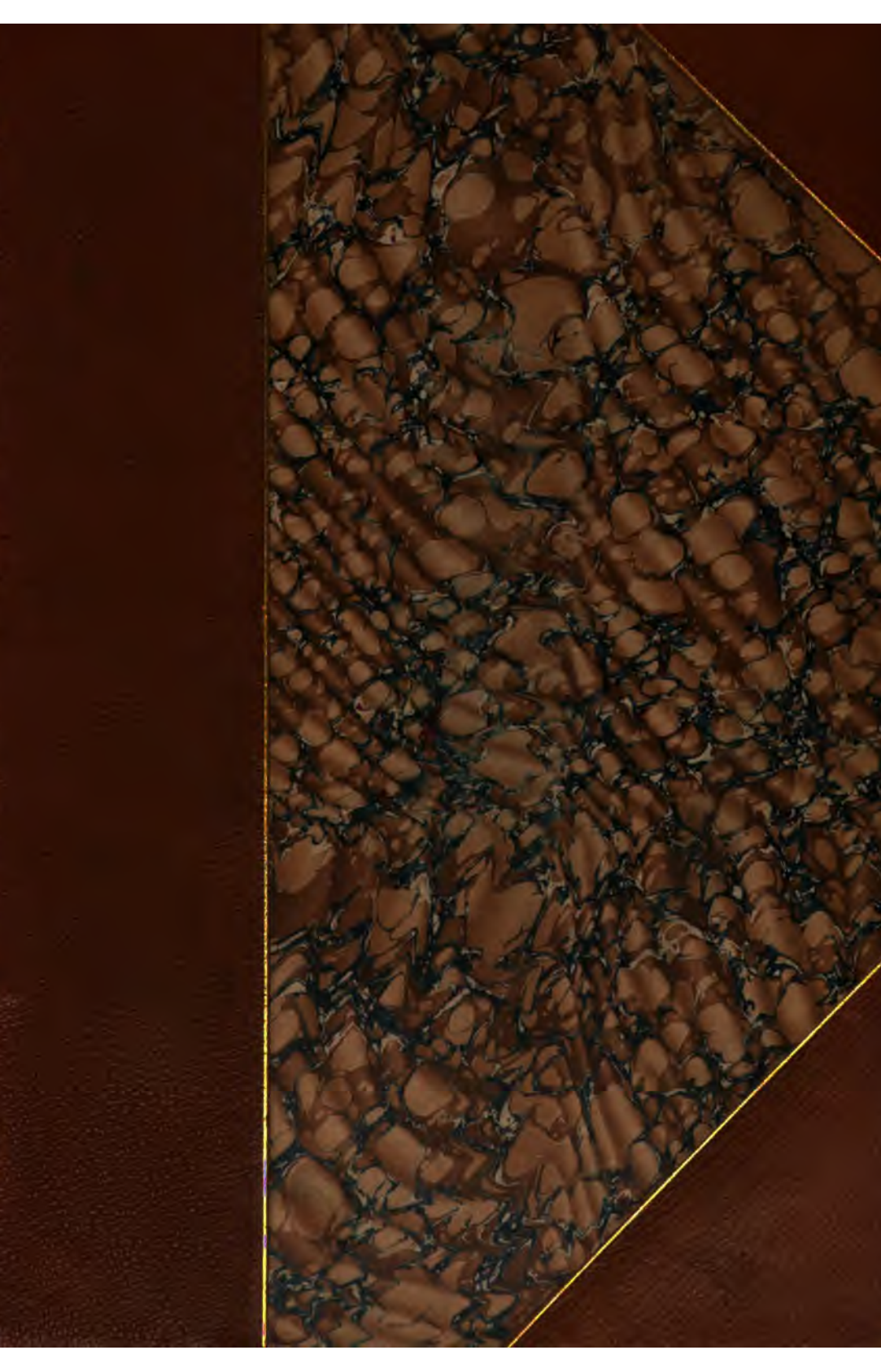
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.



K

Vacua Possessio

von

Dr. Ferdinand Kniep,
Professor der Rechte in Jena.

Erster Band.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1886.

For TX
K69

APR 6 1933

4/6/33

Inhalt.

Seite

Einleitung 1
Litteratur. Technische und nichttechnische Bedeutung. Anordnung. Art und Weise der Behandlung.

Erster Abschnitt.
Leerer Besitz bei Lebzeiten.

Erste Abteilung.
Leerer Besitz als solcher.

Erstes Kapitel.
Allgemeine Voraussetzungen des leeren Besitzes.

1. § 1. Ein Grundstück 9
Der Nachweis. Bedeutung des Nachweises.

2. § 2. Leerheit des Grundstückes 15
Es handelt sich hier um eine Leerheit von Personen, nicht von Sachen. Ausschluß des leeren Besitzes bei Grunddienstbarkeiten.

3. § 3. Möglichkeit gewaltfreier Besitzergreifung . 18
Leerer Besitz ist ein relativer Begriff, und zwar relativ vom Standpunkte der Besitzergreifung aus.

Zweites Kapitel.
Arten des leeren Besitzes.

§ 4. Vorbemerkung 20
Der leere Besitz umfaßt teils Fälle des Besitzverlustes, teils der Besitzesfortdauer.

I. Lange Abwesenheit.

A. Des Besitzers.

1. § 5. Lange Abwesenheit und Vernachlässigung des Grundstückes 22
Lange Abwesenheit ist der weitere Begriff, dem sich die Vernachlässigung unterordnet. Ihering, Bruns, der sogenannte Theophilus.

*

Seite

2. § 6. Lange Abwesenheit und Besitzesverlust . . . 24

Lange Abwesenheit erzeugt zwar leeren Besitz, hat aber keinen Besitzesverlust zur Folge. Bekämpfung der Jhering'schen Grundauffassung: daß Besitz die Thatsächlichkeit des Eigentumes sei. Prüfung des Jhering'schen Quellenbeweises: fr. 47 A. u. A. P. 41, 2; c. 4 A. et R. P. 7, 32.; fr. 40 § 1 A. u. A. P. 41, 2; fr. 15 § 21 de damno inf. 39, 2. Beurteilung der herrschenden Ansicht vom gesetzgeberischen Standpunkte aus. Nach römischer Anschauung kommt die lange Abwesenheit für den Besitzesverlust nur als begleitender Nebenumstand in Betracht.

B. § 7. Abwesenheit des Vertreters 35

Streitfrage unter den römischen Rechtsgelehrten: ob Verlassen des Grundstückes von Seiten des Vertreters für den Vertretenen Besitzesverlust zur Folge habe. Ausscheidung der kurzen Abwesenheit. Bedeutung dieser Streitfrage. Justinian in c. 12 pr. A. et R P. 7, 32, entscheidet für Besitzesfortdauer. Andererseits sind die Voraussetzungen des leeren Besitzes gegeben.

II. § 8. Tod des Vertreters 42

Erklärung von fr. 40 § 1 A. u. A. P. Labeo, Pomponius, Julian und African faßten den leeren Besitz, der durch Tod des Pächters entsteht, als leeren Besitz von Todes wegen auf; Paulus hingegen als leeren Besitz bei Lebzeiten.

III. Besitzesverlust.

A. Unfreiwilliges Verlassen.

AA. Gewaltthätige Vertreibung.

1. Des Besitzers.

a. § 9. Vertreibung durch physische Gewalt 49

Ausgangspunkt der gewaltthätigen Vertreibung.

b. Vertreibung durch Furchterregung.

aa. § 10. Die Auffassung der Römer 50

Arten der Furchterregung: auf dem Grundstücke, in der Ferne; einfache und qualifizierte Gewalt. Erklärung von fr. 1 § 29 de ui 43, 16; fr. 33 § 2 de usurp. 41, 3; Paul. sent. 5, 6 § 4; fr. 3 § 6, 7 de ui 43, 16. Bei einer Gewalt, die kräftig und in der Nähe auftritt, sind die Voraussetzungen für eine gewaltthätige Vertreibung geringer, als bei einer Gewalt, die entfernter und schwächer erscheint. Auszuscheidende Fälle.

bb. § 11. Abweichende Ansichten 60

Bangerow, Unterholzner, Bruns, Windscheid.

cc. § 12. Besitzesverlust und leerer Besitz 61

Auch in dem Falle, wo die Vertreibung erst mit der Besitzergreifung vollendet wird, tritt der Besitzesverlust nicht früher ein. Nähere Bestimmung, inwiefern das Verlassen eines Grundstückes aus Furcht für den leeren Besitz Raum läßt.

Seite

dd. § 13. Bedenken gegen die römische Auffassung . . 63
Die gewaltthätige Vertreibung greift gleichzeitig in's römische Strafrecht ein, deshalb haben strafrechtliche Vorstellungen auf die Entwicklung dieses Begriffes eingewirkt. Die strafrechtlichen Anschauungen der Römer weichen wesentlich von unsern heutigen ab. Hier kommt namentlich in Betracht, daß bloße Vorbereitungs- und Versuchshandlungen dem vollendeten Verbrechen gleichgestellt worden sind. Vergleichung der gewaltthätigen Vertreibung mit der Nötigung des heutigen Rechts. Unleugbares Bedürfnis: die strafrechtlichen Begriffe, sofern sie die Grundlage von privatrechtlichen Ansprüchen bilden, mit unsern heutigen strafrechtlichen Vorstellungen in Einklang zu bringen.

c. § 14. Verhinderung der Rückkehr 66
Sämmtliche Stellen beziehen sich auf die kurze Abwesenheit. In allen Fällen der Rückkehrsverhinderung ist Besitzergreifung ein Erfordernis der gewaltthätigen Vertreibung.

§ 15. Zusammenstellung und weitere Bedenken gegen das römische Recht 70
Nach römischem Rechte ist zur gewaltthätigen Besitzergreifung bald Besitzergreifung erforderlich, bald wieder nicht. Das eine ist der ältere, das andere der neuere Standpunkt. Seitdem es zulässig geworden, durch bloßen Willen den Besitz zu erhalten, scheint der ältere Standpunkt kaum noch einige Berechtigung zu haben.

2. § 16. Gewaltthätige Vertreibung des Vertreters . 72
Unhaltbarkeit der Dernburg'schen Unterscheidung.

BB. § 17. Naturereignisse 73
Ueberschwemmung. Merkmal der Dauer. Ausnahme.

B. § 18. Freiwillige Besitzesaufgabe 74
Dereliction. Einräumung leeren Besitzes. Erklärung von Papinianus fr. 44 § 2 — fr. 46 A. u. A. P. Die Stelle bezieht sich gar nicht auf unfreiwilligen, sondern freiwilligen Besitzesverlust. Leist.

§ 19. Fortsetzung 81
Beseitigung möglicher Einwände gegen die versuchte Erklärung. Das ridiculum est des Celsus in fr. 18 § 1 A. u. A. P. ist im allgemeinen noch der Standpunkt des Justinian'schen Rechtes. Kritik der Papinian'schen Auffassung.

§ 20. Schluß 87
Papinian ist der erste, welcher bei der Einräumung leeren Besitzes den Besitzerwerb auf der einen mit dem Besitzesverlust auf der andern Seite in Verbindung setzte. Freilich nur in einem ganz besondern Falle. Ulpian hat dann diesen Papinian'schen Gedanken verallgemeinert. Verhältnis der Einräumung leeren Besitzes zum leeren Besitze überhaupt.

§ 21. Zusammenstellung und Grundgedanke 90
Ist mit dem Verlassen eines Grundstückes Besitzesverlust verbunden, so entsteht auch sofort leerer Besitz. Dauert beim Verlassen eines Grundstückes der Besitz fort, so entsteht der leere Besitz im Falle langer Abwesenheit.

Seite

Drittes Kapitel.

Stellung des leeren Besitzes in früherer und späterer Zeit.

§ 22. Vorbemerkung 93

Der leere Besitz ist ein konservativer Begriff in fortschrittlicher Umgebung: seine allgemeinen Voraussetzungen sind stets dieselben geblieben, aber die Welt um ihn herum hat sich verändert.

I. § 23. Aelterer Zustand 94

Jedes Verlassen des Grundstückes hatte ursprünglich Besitzesverlust zur Folge. Es giebt nur zwei Arten des Besitzesverlustes: der Besitz geht verloren, indem man von selber das Grundstück verläßt, oder gewaltsam vertrieben wird. Im ersteren Falle liegt leerer Besitz vor; der leere Besitz ist von Haus aus eine Unterart des Besitzverlustes. Alte Regel: constat possidere nos donec aut (nostra uoluntate) discesserimus aut ui deiecti fuerimus.

II. Späterer Zustand.

A. Entwicklung des Besitzbegriffes.

AA. Besitzesfortdauer ohne körperliche Ausübung von Seiten des Besitzers.

1. § 24. Stellvertretung des Besitzers in körperlicher Beziehung 97

Die Entwicklung nimmt ihren Ausgang vom Sklaven. Was vom Sklaven, gilt auch vom Hausſohn. Die Reihe der gewaltfreien Personen eröffnet der Pächter. Dann wird zwar ein Verhältnis nach dem andern herangezogen, aber der abstracte Detentionswille ist den Römern gerade so unbekannt, wie der abstractdingliche Vertrag. Erklärung von fr. 21 de usurp. 41, 3 und fr. 40 § 3 A. u. A. P. Die Vertretung ist eine körperliche; der Wille ist nur das geistige Band, welches bei gewaltfreien Personen den einen Körper zunächst zum andern in Beziehung setzt.

2. Erhaltung des Besitzes durch den Willen des Besitzers.

a. Voraussetzungen.

aa. § 25. Erste Stufe 107

Die Stellvertretung des Besitzers in körperlicher Beziehung bleibt zunächst unberührt. Die Erhaltung des Besitzes beruht auf dem Rückkehrwillen, ist also eine besondere Willenshandlung. Vorzugsweise die Sabinianer sind über diese enge Auffassung des Willensbesitzes gar nicht hinausgekommen: Javolen, Julian, Gajus, Pomponius, Africanus.

Seite

bb. § 26. Weitere Entwicklung 112

Im Laufe der Zeit verflüchtigt sich der Rückkehrwille: es wird möglich, denselben in eine ferne Zukunft zu verlegen, man läßt ihn zu neben körperlicher Detention. Schließlich wird der Rückkehrwille gänzlich abgestreift. An die Stelle der positiven tritt eine negative Grundlage: der Besitz wird erhalten, wenn wir nicht in der Absicht fortgehen, ihn zu verlieren. Den so verflüchtigten Willensbesitz nennt man besser unkörperlichen Besitz. — Rückblick vom neu gewonnenen Standpunkte aus: fr. 21 de usurp.; c. 25 de loc. et cond. 4, 65; fr. 78 § 1 C. E.; fr. 11 A. R. D.; fr. 29 A. u. A. P.

b. Dauer.

aa. § 27. Der auf Rückkehrwillen beruhende Besitz 121

Entscheidend für die Erhaltung des Besitzes ist der Zeitpunkt, wo das Grundstück verlassen wird. Geht der Besitzer fort in der Absicht, zurückzukehren, so dauert der Besitz fort, bis er den Entschluß faßt, nicht zurückzukehren. Außerdem muß hinzukommen: Besitzergreifung durch einen dritten und Kunde von dieser Besitzergreifung. Nach Justinian'schem Rechte macht sich dieser Fall des Besitzverlustes nur noch bei kurzer Abwesenheit geltend. Er wird aber auch einmal bei langer Abwesenheit in Betracht gekommen sein: fr. 27 und fr. 46 A. u. A. P.

bb. § 28. Die neue Regel 128

Erklärung von fr. 153 R. J.

§ 29. Fortsetzung 135

Prüfung entgegenstehender Ansichten: Savigny, Leist, Jhering.

§ 30. Anhang 143

Allgemeine Bedeutung des Rückkehrwillens für die Erhaltung des Besitzes: Grundstücke, Tiere, Sklaven. Den unkörperlichen Besitz am Sklaven führen auf den Rückkehrwillen zurück: Nerva der Sohn, Pomponius und vielleicht Celsus. Dieser Gesichtspunkt reichte nicht aus für Sklaven in der Provinz und flüchtige Sklaven. Man versagt dem Sklaven die Fähigkeit, sich selber zu entwenden. Aber die alte Vorstellung wird nicht vollständig verdrängt. Unus casus. Paulus greift auf den Willen des Besitzers zurück. Die Wendt'sche Auffassung. Parallele zwischen dem Besitze an Grundstücken und an Sklaven.

BB. Besitzesverlust bei fortdauerndem körperlichen Verhältnis.

1. § 31. Der Begriff körperliches Verhältnis . . . 157

Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten. Das körperliche Verhältnis besteht im Betreten des Grundstückes, bezw. Verweilen auf demselben. Schwanken der römischen Wissenschaft. Erklärung von fr. 18 § 2 A. u. A. P. Abschwächung des Grundgedankens, wenn der Besitzer eines Grundstückes ein unmittelbar angrenzendes erwerben will. Bekker, Pininski, Strohal.

Seite

§ 32. Fortsetzung 178

Wo ein Besitzer dem andern gegenübersteht, spielt allerdings die Machtentfaltung eine Rolle. Ausschließlichkeit des Besitzes. Abgrenzung. Nebeneinanderbestehen von körperlichem und unkörperlichem Besitze. fr. 3 pr. Uti possidetis. Das körperliche Verhältnis. fr. 5 § 15 Commodati. Zurücktreten der heimlichen Besitzerwerbung. Gewaltthätige Besitzergreifung. Gleichzeitiger Besitzerwerb. Es macht einigen Unterschied: ob dem Besitzergreifer ein alter Besitzer gegenübersteht, oder ob beide gleichzeitig Besitz ergreifen wollen. Brunn.

2. Besitzesverlust.

a. § 33. Unfreiwilliger 198

Erklärung von fr. 1 § 46, 47 de ui.

b. Freiwilliger.

aa. § 34. Besitzesaufgabe 208

Der Besitzesverlust durch einfache Besitzesaufgabe geht zurück auf Celsus und Marcellus. Gegenstand dieses Besitzverlustes. Savigny. Bekker. Wegdenken des Constitutum possessorium.

§ 35. Fortsetzung 210

Der Besitzerwerb durch Stellvertreter hat sich bei den Römern erst verhältnismäßig spät und nur langsam entwickelt. fr. 51 A. u. A. P. Noch zu Neratius' und Gajus' Zeiten war es zweifelhaft: ob man einen Besitzerwerb durch andere als der Gewalt des Betreffenden Unterworfene gestatten solle. fr. 41 de usurp. Gai. 2, 95. Zu Paulus' Zeiten konnte durch einen Procurator Besitz erworben werden. Begriff des Procurator. Nähere Voraussetzung des Besitzerwerbes durch einen Stellvertreter. Paul. sent. 5, 2 § 2. Mit dem Procurator sind andere Generalvertreter wie tutor und curator auf gleiche Stufe gestellt worden. Darüber war man noch im Jahre 294 nicht hinausgekommen. c. 8 A. et R. P. 7, 32. Nach Justinian'schem Rechte kann durch jede freie Person Besitz erworben werden; der Satz ist aber in die Quellen hineininterpoliert. § 5 per quas personas 2, 9; fr. 14 § 17 de furtis 47, 2; fr. 20 § 2 A. R. D. 41, 1; fr. 53 eodem; c. 1 A. et R. P. 7, 32. — Abfassungszeit der sententiae des Paulus —; fr. 11 § 6 de pign. act. 13, 7 — c. 3 per quas personas 4, 27 — c. 1 eodem; fr. 2 A. u. A. P. Schloßmann.

§ 36. Fortsetzung 233

Anwendungsfälle. Wo der Besitz körperlich durch einen Vertreter ausgeübt wird, ist diese Art des Verlustes ausgeschlossen.

§ 37. Schluß 235

Unterschied von der Einräumung leeren Besitzes. Auszuscheidende Stellen. fr. 1 § 4 A. u. A. P.; fr. 17 § 1 eodem; fr. 44 § 1 O. et A. 44, 7.

Seite

bb. Beſitzesumwandlung.

α. § 38. Beiſpiele 241

Umwandlung in Precariſtenbeſitz: Hauptfall bei der alten Sicherheitsfiducia. Umwandlung des Precariſtenbeſitzes. Sonſtige Fälle.

β. § 39. Betrachtungen 254

Gegenſtand. Beſitzerwerb und Beſitzesverluſt. Freiwillige und unfreiwillige Beſitzumwandlung. Analogie: Umwandlung der Detention in juriſtiſchen Beſitz. Nebeneinanderbeſtehen mehrerer Beſitzgründe.

§ 40. Fortſetzung 259

Niemand kann ſich ſelber den Beſitzgrund ändern. Bedeutung dieſer Regel für die pro herede usucapio und usureceptio. Sonſtige Beiſpiele.

§ 41. Fortſetzung 268

Delictsmäßiges Handeln des Vertreters. Gegenſatz zwiſchen beweglichen Sachen und Grundſtücken. Unterſchlagung bei Grundſtücken ausgeſchloſſen. Einem Pächter iſt es ganz unmöglich gemacht, durch heimliches Handeln Beſitz zu erlangen. Auch hier gilt der Satz: niemand kann ſich ſelber den Beſitzgrund ändern. Dies beſonders hervorzuheben, hatte ſeinen guten Grund zu einer Zeit, wo das Erforderniß des guten Glaubens noch nicht auf die longi temporis possessio übertragen war. Ebenſo verhält es ſich mit der 40jährigen Erſitzung. c. 2 de praescr. XXX uel XXXX ann. 7, 39. Bei longi temporis possessio und außerordentlicher Erſitzung nicht minder, wie bei pro herede usucapio und usureceptio — überall arbeitet unſere Regel dem guten Glauben vor. Mit Aufſtellung dieſes Erforderniſſes wird die fragliche Rechtsregel überholt, und macht auf uns daher einen etwas ſelbſtverſtändlichen Eindruck. Für die dreißigjährige Klagverjährung hat die Regel noch nach Juſtinian'ſchem Rechte ihre alte Bedeutung behauptet. c. 7 § 7 de praescr. XXX u. XXXX ann. So wenig wie Erſitzungs- oder Verjährungsbeſitz, kann ſich ein Pächter durch heimliches Handeln Interdictenbeſitz beilegen. fr. 32 § 1 A. u. A. P. Gewaltthat.

§ 42. Fortſetzung 278

Gebiet. Nachträgliches zur Beſitzumwandlung in Precariſtenbeſitz. fr. 13 § 7 A. u. A. P. Häufiges Vorkommen dieſer Beſitzumwandlung. Ineinanderfließen von Interdictum de precario und Saluianum. Standpunkt der Compilatoren. Der Beſitzverluſt durch bloßen Willen rückt ein in das Gebiet der Beſitzumwandlung.

§ 43. Schluß 283

Bisherige Behandlung hier einſchlagender Fälle. Savigny. Bekker.

cc. § 44. Beſitzesrückkehr 290

Der Standpunkt des Javolen in fr. 21 § 3 A. u. A. P. Abſchwächung des Satzes: daß durch bloßen Willen Beſitz nicht erworben

Seite

werden könne. Drei Möglichkeiten: Detention wird in Precaristenbesitz umgewandelt; Precaristenbesitz wird in Detention umgewandelt; Precarium und Detention gehen nebeneinander her. Beruhte im zweiten Falle der Precaristenbesitz auf wirklicher Hingabe, so vereinfachte sich der Doppeltbesitz wieder zum alten Vollbesitz.

B. § 45. Ergebnisse für den leeren Besitz. Uebergang zum Folgenden 294

Verschiebung der Begriffe: ursprünglich ordnet sich der leere Besitz dem Besitzesverlust unter, später werden beides zwei Begriffe, die sich schneiden. Als neue Arten des Besitzverlustes kommen hinzu: freiwilliger und unfreiwilliger Besitzesverlust bei fortdauerndem körperlichen Verhältnis. Entwicklung der gewaltthätigen Besitzesentsetzung: Vertreibung durch Furchterregung, Verhinderung der Rückkehr, Entsetzung ohne Entfernung des Besitzers. Uebergang zum Folgenden: lange Abwesenheit, kurze Abwesenheit, Notwendigkeit einer Neubearbeitung des Besitzverlustes (Beschränkung auf Grundstücke, besonderer Zweck).

Viertes Kapitel.

Besitzesverlust an Grundstücken.

§ 46. Vorbemerkung 300

Savigny's Ausgangspunkt.

I. Freiwilliger Besitzesverlust.

A. Die einfachen Fälle.

1. § 47. Uebersicht 303

Eine bestimmte Person soll erwerben, oder der Erwerb einer bestimmten Person ist nicht in's Auge gefaßt.

2. Einzelne Fälle.

a. § 48. Die Einräumung leeren Besitzes 305

Unbedingter und bedingter Besitzesverlust. Oekonomische Bedeutung der Einräumung leeren Besitzes. Blick in die römische Notariatsstube. Kohler.

b. § 49. Besitzumwandlung 311

Bedenken gegen die Auffassung der Besitzumwandlung als Besitzesverlust. Alter und neuer Standpunkt. Der alte Besitz mit seinen drei Imperativen. Uebergang vom Negativen zum Positiven. Die genera possessionum des Q. Mucius. Besitz und Detention fließen noch in einander. Aus den genera entwickeln sich die causae. Neuer Anbau: der positive animus. Animus und corpus = ius und factum. Von dem neu gewonnenen Standpunkte aus ist die Besitzesumwandlung ein Fall des Besitzverlustes.

c. § 50. Umwandlung des Besitzes in Detention . . 317

Drei Möglichkeiten auseinander zu halten: Eigentum und Besitz treffen zusammen; Besitz und Eigentum fallen auseinander, der

Seite

Eigentümer mietet vom Besitzer; Besitz und Eigentum fallen auseinander, der Besitzer mietet vom Eigentümer oder nichtbesitzenden Eigentümer. Nur die dritte Möglichkeit bleibt übrig für die Umwandlung des Besitzes in Detention.

d. § 51. Constitutum possessorium 322

Die römischen Rechtsgelehrten kennen ein Constitutum possessorium nur beim Procurator. Fr. 18 pr. A. u. A. P. Besitzgrund und körperliches Merkmal. Constitutum possessorium ist Tradition an sich selber als Vertreter eines andern. Dasselbe wird von den beweglichen Sachen seinen Ausgang genommen haben, und könnte bei Grundstücken für die römischen Rechtsgelehrten überhaupt ein unbekanntes Ding gewesen sein.

§ 52. Fortsetzung 329

Zurückbehalten des Nießbrauches ist gar kein Constitutum possessorium. Jedenfalls war zu Zeiten der römischen Rechtsgelehrten ein Zurückbehalten des Nießbrauchs bei der Tradition noch gar nicht möglich. Erst während des vierten Jahrhunderts wird von der Praxis auf einem ganz beschränkten Gebiete, dem der Schenkung, das Zurückbehalten des Nießbrauches der Tradition gleichgestellt. Diese Praxis, im Jahre 415 noch verworfen, wird im Jahre 417 anerkannt. Zurückweisung sonstiger auf das Constitutum possessorium bezogener Stellen. Fr. 77 R. V. 6, 1 einer Interpolation dringend verdächtig. Erklärung von fr. 48. A. u. A. P.

§ 53. Schluß 338

Gefährlichkeit des Constitutum possessorium. Beschränkter Gebrauch bei den Römern. Römische Publicität beim Besitzerwerb an Grundstücken.

B. § 54. Freiwilliger Besitzesverlust im Falle der Stellvertretung 342

Der, welcher durch andere den Besitz ausübt, kann durch bloßes Wollen den Besitz nicht verlieren. In den wenigen Fällen, wo hier überhaupt freiwilliger Besitzesverlust möglich, ist der Vertretene durchaus an die Zustimmung des Vertreters gebunden. Der von Savigny aufgestellte Satz ist also in sein gerades Gegenteil umzuwandeln.

II. Unfreiwilliger Besitzesverlust.

A. § 55. Die einfachen Fälle 349

Abgrenzung zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzesverlust. Fortfallen der allgemeinen Voraussetzungen: besitzfähiger Gegenstand, besitzfähige Person. Besitzesverlust bei Anwesenheit des Besitzers: Besitzumwandlung, Bewältigung auf eignem Grundstücke; ausgeschlossen heimliche Besitzergreifung an einzelnen Teilen des Grundstückes, und im allgemeinen Besitzverlust durch Zeitablauf oder Eintritt einer Resolutivbedingung. Besitzesverlust durch Abwesenheit des Besitzers bedingt: Austreibung, sei es durch elementare Gewalt, eine Behörde oder Privatpersonen; Besitzergreifung, sei es gewaltthätige oder heimliche. Verfehlte Stellvertretung.

Seite

B. § 56. Unfreiwilliger Besitzesverlust im Falle der Stellvertretung 356

Fälle, die sich bei der Stellvertretung gerade so gut geltend machen: Fortfallen der allgemeinen Voraussetzungen, unfreiwillige Besitzesumwandlung. Der Körper des Vertreters vertritt den Körper des Vertretenen: Bewältigung auf dem Grundstücke, Austreibung, Besitzergreifung. Eigenartige Fälle: lange Abwesenheit und Tod des Vertreters. Die Möglichkeit eines Besitzverlustes durch Besitzergreifung von Seiten des eigenen Vertreters bewegt sich innerhalb sehr enger Schranken.

Fünftes Kapitel.

Kurze Abwesenheit.

§ 57. Vorbemerkung 359

1. § 58. Der Standpunkt Cicero's 360

Das Interdictum de ui armata dient nicht bloß zur Wiedererlangung, sondern auch zur Erlangung des Besitzes. Namentlich muß es in dem Falle gegeben werden, wenn ein auf kurze Zeit abwesender Besitzer an der Rückkehr durch Waffengewalt gehindert wird.

2. Das vorjustinian'sche Recht.

a. § 59. Die Grundauffassung 365

Nach Q. Mucius bleibt der Abwesende trotz des Eindringlings Besitzer. Dies ist Alleinbesitz, es liegt kein Doppelbesitz vor. Befugnisse des gewesenen Besitzers. Er ist berechtigt, den zu vertreiben, dessen Besitz ihm gegenüber als ein fehlerhafter erscheint, aber ohne Waffen, es müßte denn der zu Vertreibende sich durch Waffengewalt in den Besitz gesetzt haben. Andererseits durfte sich der gegenwärtige Besitzer verteidigen, aber ohne Waffen, es müßte denn der Angriff mit Waffen erfolgt sein. Was den Interdictenschutz anbetrifft, so fehlt es wegen heimlicher Besitzentziehung an einem solchen. Der gegenwärtige Besitzer hat das Vertreibungsrecht ohne Waffen gegen jedermann; dem Gebrauch von Waffen sind freilich Schranken gesetzt; wird er vertrieben, so hat er das Interdictum de ui, es müßte denn der Vertreiber zur Vertreibung berechtigt gewesen sein. Diesem gegenwärtigen Besitzer ist der auf kurze Zeit abwesende gleichgestellt worden. Der Besitzesschutz hat seinen Ausgang genommen von der Selbsthülfe. Der Interdictenschutz ist nur Nachahmung, und zwar unvollständige Nachahmung der Selbsthülfe.

b. § 60. Eine besonders zu betrachtende Stelle . . 379

Erklärung von fr. 3 § 8 de ui. Ulpian befindet sich in merkwürdiger Uebereinstimmung mit Cicero. Hotoman. Interdictum unde prohibuisti.

c. § 61. Nähere Ausführung 383

Der Besitzer kehrt um, ohne einen Vertreibungsversuch zu unternehmen; ein solcher gewesener Besitzer hat nur das Vertreibungs-

Seite

recht, und zwar ohne Waffen, es müßte ihm denn bewaffneter Widerstand entgegengestellt werden. Der Zurückkehrende verjagt den Eindringling; ein solcher verteidigt nur seinen Besitz. Der Eindringling verjagt den Besitzer: Interdictum de ui und Vertreibungsrecht. Der Eindringling behauptet sich teilweise: Vertreibungsrecht, Interdictum de ui und uti possidetis bei reeller Teilung; sonst ist für die Besitzesverhältnisse das Parterre, sei es einfaches oder Hochparterre, entscheidend; fr. 3 § 7 Uti possidetis.

3. Das Justinian'sche Recht.

a § 62. Umwandlung der Grundauffassung 392
Kaiser Constantin schreitet scharf gegen die Gewaltthätigkeiten ein. c. 3 C. Th. ad leg. Jul. de ui 9, 10. Einheitliches Interdictum de ui wegen beweglicher und unbeweglicher Sachen. Beseitigung des Unterschiedes zwischen einfacher und qualificierter Gewalt: Ausdehnung der strafrechtlichen Verfolgung auf die einfache Gewaltthat; dem Vertreiber wird allgemein Besitzesherausgabe zur Pflicht gemacht, auch der gewesene Besitzer hat herauszugeben, wenn er denjenigen vertrieb, dessen Besitz ihm gegenüber ein fehlerhafter war. Unterscheidung zwischen Eigentümer und Nichteigentümer: den Nichteigentümer, der gewaltthätig vertreibt, trifft Strafe der Deportation und Verlust seines ganzen Vermögens; der Eigentümer hat die Hälfte seines Eigentums zu Gunsten des Fiscus verwirkt. Besondere Bestimmung für Grenzstreitigkeiten. Vertriebene Vertreter können für Abwesende ohne Vollmacht klagen. Einschränkung der einjährigen Verjährung.

§ 63. Fortsetzung 398
Die thatsächlichen Verhältnisse widerstreben der neuen Rechtsordnung. Erneuerter Versuch der Gesetzgebung in c. 3 C. Th. Unde ui 4, 22 vom Jahre 389. Nächste Veranlassung, der gewaltthätigen Vertreibung entgegenzutreten, war ein fiskalisches Interesse. In Frage stehen die Gütereinziehungen des Tyrannen Maximus. Unser Gesetz leitet eine neue Behandlung der von gefallenen Machthabern eingezogenen Güter ein. Während nach altrepublikanischem Brauch solche Güter an die rechtmäßigen Eigentümer zurückgegeben werden mußten, wird hier der Besitz für den Fiscus in Anspruch genommen; wogegen die früheren Besitzer unter Aberkennung des Vertreibungsrechtes auf den Rechtsweg verwiesen werden. Aus diesem Absprechen des Besitzes entwickelt sich dann weiterhin das Absprechen jeglichen Rechtes. Der auf Privatpersonen bezügliche Satz macht ganz den Eindruck einer Interpolation; jedenfalls ist er einer doppelten Deutung fähig. Entweder ist das Vertreibungsrecht nur denjenigen untersagt, die kein Recht auf die Sache hatten, und zwar bei Strafe der Wertzahlung. Oder es ist das Vertreibungsrecht auch dem Eigentümer untersagt bei Verlust seines Eigentums. Vom Standpunkt des codex Theodosianus aus ist der ersteren Auslegung der Vorzug zu geben.

§ 64. Fortsetzung 408
Nouella Valentiniani III tit. 8 c. 1. Entscheidung eines besondern Falles: in Rom hatte eine Excellenz die andere vertrieben. Dar-

Seite

an reiht sich ein allgemeines Gesetz, das sich als eine Erneuerung der c. 3 C. Th. Unde ui ankündigt, dasselbe aber gleichzeitig verschärft. Verstanden wird die angeführte c. 3 C. Th. dahin: daß in Privatangelegenheiten auch dem Berechtigten die Vertreibung untersagt sei. Nach tit. 8 c. 2 erlangt dann freilich der Vertreiber alles, was er nur wünschen kann.

§ 65. Fortsetzung 412

Standpunkt der vier kurz vor der Justinian'schen Gesetzgebung entstandenen Rechtsbücher: syrisch-römisches Rechtsbuch, lex Romana Burgundionum, edictum Theodorici, lex Romana Visigothorum. Alle kennen ein Vertreibungsrecht, namentlich die beiden ersteren in sehr weitem Umfange.

§ 66. Fortsetzung 417

Variae des Cassiodorius. Theodorich hat mehrfach mit gewaltthätigen Vertreibungen zu thun. Er beschränkt sich meistens darauf, Herausgabe der Sache anzuordnen, ohne weitere Nachteile zu verhängen. Athalarich nennt die Novelle Valentinian's III. eine sanctio diu pessime neglecta. Er schärft sie ein und verschärft sie. Den Richtern, welche gewaltthätige Vertreiber im Besitze lassen, werden schwere Nachteile gedroht; aber doch nur ‚cum possint amouere'.

§ 67. Fortsetzung 423

Bei dem Kampfe, den wir die Gesetzgebung gegen die gewaltthätige Vertreibung führen sehen, ist nicht allzuviel herausgekommen: die Praxis vermag den an sie gestellten Anforderungen nicht nachzukommen und erweist sich den thatsächlichen Verhältnissen gegenüber zu schwach. Gleichwohl geht mit den rechtlichen Anschauungen eine Umwandlung vor sich: die Rechtsmittel der klassischen Wissenschaft mit ihren feinen Unterscheidungen müssen zurücktreten vor einem Rechtsmittel mehr grobkörniger Natur, der momentariae possessionis actio.

§ 68. Schluß 430

Die Justinian'schen Compilatoren kehren zurück zu den Grundgedanken Constantin's unter Berücksichtigung der damaligen Praxis, wie sie uns namentlich in der interpretatio entgegentritt. Das Interdictum wegen einfacher und qualificierter Gewalt wird einheitlichen Grundsätzen unterworfen: das Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers allgemein beseitigt, ebenso das Interdictum Unde prohibuisti. Nur noch der gegenwärtige Besitzer hat ein Vertreibungs- bezw. Verteidigungsrecht. Privatrechtlicher Nachteil der gewaltthätigen Vertreibung: der Eigentümer geht seines Eigentums verlustig, der Nichteigentümer hat den Wert zu erstatten; Besonderheit bei Grenzstreitigkeiten. In strafrechtlicher Beziehung wird die bewaffnete Gewalt unter die uis publica, die einfache Gewalt unter die uis priuata gestellt.

b. § 69. Die vier Möglichkeiten 438

Der Besitzer kehrt um, ohne einen Vertreibungsversuch zu unternehmen: hier sind wir zunächst ohne allen und jeden Schutz. Der Zurückkehrende verjagt den Eindringling: hierzu ist er

Seite

durchaus berechtigt; Widerlegung von Bruns. Der Eindringling verjagt den Besitzer: sofortige Vertreibung oder Interdictum de ui. Der Eindringling behauptet sich nur teilweise: es ist zu unterscheiden, ob reell geteilter Besitz vorliegt oder nicht. Vertretungsfälle.

c. § 70. Streitfragen 444
Windscheid. Leist.

d. § 71. Erklärung 447
Die Annahme einer Besitzesfortdauer bei kurzer Abwesenheit, wenngleich ein anderer das Grundstück betreten hat, in der Absicht, Besitz zu erwerben, ist hervorgerufen durch den Mangel eines Interdicts wegen heimlicher Besitzentziehung.

§ 72. Fortsetzung 450
Prüfung der Leist'schen Ansicht: die in Frage stehende Eigentümlichkeit sei hervorgegangen aus einem Widerspruche gegen die Furtumtheorie.

Sechstes Kapitel.

Lange Abwesenheit.

§ 73. Die herrschende Ansicht 453
Nach der herrschenden Ansicht soll eine heimliche Besitzergreifung bei Grundstücken gar nicht möglich sein. Selbst da wird der Besitzerwerb ausgeschlossen, wo jemand im Irrtum und in gutem Glauben ein verlassenes Grundstück in Besitz nimmt. Jhering. Bruns.

I. Die lange Abwesenheit als solche.

1. § 74. Das vorjustinian'sche Recht 456
Das Julisch-Plautische Gesetz. Nichtgewaltsame Besitzergreifung bei leerem Besitz, mag derselbe mit Besitzesverlust verbunden sein oder nicht. Gai. 2, 51. Die Veroneser Handschrift enthält nicht die reinen Institutionen des Gajus. Die nichtgewaltsame Besitzergreifung ist meistens eine heimliche, kann aber auch in gutem Glauben erfolgen. Der heimliche Besitzergreifer konnte ohne Waffen vertrieben werden, ein Rechtsmittel zur Wiedererlangung des Besitzes gab es nicht. Dem gutgläubigen Besitzer gegenüber griff weder Vertreibungsrecht noch Rechtsmittel Platz.

2. Das Justinian'sche Recht.

a. § 75. Erklärung von c. 11 Unde ui 8, 4 464
Nach vorjustinian'schem Rechte hat der gewesene Besitzer dem heimlichen Besitzergreifer gegenüber Vertreibungsrecht, aber kein Rechtsmittel. Nach Justinian'schem Rechte ist dieses Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers beseitigt, aber dem heimlichen Besitzergreifer gegenüber ein Rechtsmittel gewährt. Die Behauptungen der illyrischen Rechtsanwälte: das bisherige Interdictum unde ui treffe nicht zu, auch mit dem Interdictum quod ui aut clam sei nichts zu machen, abgesehen von der in rem actio gebe

Seite

es überhaupt keine Klage zur Wiedererlangung heimlich entzogenen Besitzes, also auch nicht das Interdictum uti possidetis, also auch nicht eine condictio. Erklärung von fr. 7 § 5 Comm. diu. 10, 3.

b. § 76. Folgerungen 474

Die Fiction ist nicht weiter auszudehnen, als Justinian wollte. Dem gutgläubigen Besitzerwerber gegenüber hat der gewesene Besitzer nach Justinian'schem Rechte keine auf Wiedererlangung des Besitzes gerichtete Besitzesklage. In Wahrheit hat Justinian ein neues Rechtsmittel geschaffen, das die Wiederlangung des heimlich ergriffenen Besitzes zum Gegenstande hat. Was von der fernen Abwesenheit, muß auch von der nahen gelten; was von der langen, um so mehr von der kurzen: die Mucianische Künstelei ist mithin überflüssig geworden.

II § 77. Vernachlässigung des Grundstückes 479

Vorjustinian'sches Recht: Vespasian's Erlaß in Bezug auf das durch Brandstätten und Einsturz entstellte Rom; Verfügung des Pertinax betreffend unbebaute Ländereien. Das Justinian'sche Recht: Localstatuten anlangend den Einsturz von Häusern; c. 8 de omni agro deserto 11, 59. Heutiges Recht: Grabstellen.

Stellenverzeichnis 485

Textbemerkungen 493

Einleitung.

Ueber den Beſitz des römiſchen Rechts iſt ſchon viel geſchrieben worden, in keinem Jahrhundert mehr, als in dem gegenwärtigen. Man möchte daher meinen, daß mindeſtens das Quellenmaterial erſchöpft und vollſtändig herangezogen ſei. Dies iſt indes ſo wenig der Fall, daß noch eine ganze Seite des römiſchen Beſitzrechtes ſo gut wie unbearbeitet daliegt: die uacua possessio.

I. Litteratur.

Von der Litteratur über uacua possessio iſt aus dieſem Grunde nur wenig zu ſagen. Es giebt über dieſen Gegenſtand nur eine einzige Diſſertation: Philippi, Friedr., de uacua possessione. Lipsiae 1718.

Der Verfaſſer dieſer recht dürftigen Arbeit ſtellt auf Seite 2 den Begriff dahin feſt:

> Possessionem uacuam uoco omnem rem, quae ab alterius corporali insistentia et actu insistendi pro-

ximo ea ratione libera est, ut uel apprehensione uel apprehensionis fictione iusto modo ad acquirentem transeat.

Im übrigen enthält die bisherige Litteratur nur gelegentliche Aeußerungen.

Die Gloſſatoren beſchäftigten ſich mit uacua possessio vorzugsweiſe aus Veranlaſſung von c. 11 Unde ui 8, 4. Vgl. Azo, Lectura, Parisiis 1581, pag. 619. Roffredus, tractatus iudiciarii ordinis[1]), Coloniae Agrippinae 1591, pag. 431. Corpus iuris glossatum von Francoys Fradin, tom. V, fol. 374, Lugduni 1527.

Die hier hervorgetretenen Anſichten ſind kurz zuſammengeſtellt bei Haenel, Dissensiones dominorum, pag. 490, 491.

Außerdem käme in Betracht die Gloſſe zu c. 12 de probationibus 4, 19. Vgl. Corp. iur. gloss. a. a. O. fol. 141. Haenel a. a. O. pag. 404, 405.

In neueſter Zeit ſind es namentlich Savigny, Ihering und Bruns geweſen, die ſich über uacua possessio geäußert haben.

Nach Savigny, Recht des Beſitzes, § 11 a. E. und § 15 a. E., ſoll uacua possessio ein bloß negativer Begriff ſein und dann vorliegen, wenn ein anderer die Sache nicht beſitzt. Hiermit ſtimmt aber nicht ganz das § 43 Anm. 2 Vorgetragene, wo Savigny eine doppelte Bedeutung annimmt: uacua possessio könne teils geſagt werden von einer Sache, die keinen

1) Der richtige Titel des Buches iſt freilich De libellis et ordine iudiciorum, vgl. Savigny, Geſch. des röm. Rts. im M.A. Bd. 5², S. 201.

Besitzer habe, teils von einem Besitze, der nicht körperlich ausgeübt werde; die eigentlich technische Bedeutung soll freilich die erstere sein. Ferner giebt Savigny diesem Begriffe gleich in der zuerst angeführten Stelle beim Kaufe eine etwas größere Ausdehnung, indem ihm hier schon missio in possessionem im Wege stehe.

Nach Ihering, Grund des Besitzesschutzes², S. 120, kann unter uacua possessio verstanden werden „ein wegen Abwesenheit des Besitzers verloren gegangener Besitz oder ein zwar nicht durch den Besitzer selber oder durch Stellvertreter ausgeübter, aber zur Zeit noch fortdauernder Besitz".

Bruns, der in seinen Besitzklagen, S. 129, eine genauere Bestimmung dieses Begriffes für geboten hält, nimmt ebenfalls eine doppelte Bedeutung an, aber in ganz anderer Weise, wie Savigny und Ihering. Bruns unterscheidet zwischen Uebergabe der uacua possessio aus Kauf, sowie ähnlichen Geschäften und Occupation einer uacua possessio. Im ersteren Falle bedeute uacua possessio nicht, daß niemand den Besitz habe, sondern daß der Geber ihn habe und ihn daher gerade durch die Uebergabe dem Empfänger zum Erwerbe frei machen könne; bei der Occupation einer uacua possessio werde dagegen darunter der wirklich freie Besitz verstanden, also eine Sache, die sich in niemandes Besitz befinde.

II. Technische und nichttechnische Bedeutung.

Von uacua possessio wird nicht bloß im technischen, sondern auch im figürlichen Sinne gesprochen. Vgl. in letzterer Beziehung

Cicero de oratore 3, 31 § 122.

nostra est, inquam, omnis ista prudentiae doctrinae-

que possessio, in quam homines quasi caducam atque uacuam abundantes otio nobis occupatis inuolauerunt.

Hier ist von einer uacua possessio der Beredsamkeit die Rede, welche sich gewisse Leute, die sonst nichts zu thun gehabt, angeeignet hätten, während die Redner von Beruf anderweitig beschäftigt waren.

Quinct. Decl. 12, 4.

in uacuam possessionem fames venit.

Die uacua possessio, in welche hier die Hungersnot eintritt, bezieht sich auf das mangelnde Getreide.

Caes. de bello ciuili 3, 112 § 9.

Interim filia minor Ptolemaei regis uacuam possessionem regni sperans.

Die jüngere Tochter des Ptolemäus hofft auf eine Erledigung des Thrones.

Derartige Stellen kommen für uns selbstverständlich nicht in Betracht, uns kümmert nur die technische uacua possessio.

III. Anordnung.

Ueber die Anordnung, in der ich diesen Gegenstand zu behandeln denke, wäre dies zu bemerken.

Der leere Besitz kommt teils bei Lebzeiten vor, teils von Todeswegen. Im ersten Abschnitt soll vom leeren Besitz bei Lebzeiten gehandelt werden. Und da der leere Besitz bei Lebzeiten teils in Verbindung mit der Tradition erscheint, teils ohne dieselbe auftritt, so giebt das wiederum zwei Abteilungen. In der ersteren werde ich den leeren Besitz als solchen in's

Auge faſſen und in der zweiten von der Einräumung leeren Beſitzes handeln.

Ueber die Einräumung leeren Beſitzes iſt neuerdings eine eigne Schrift erſchienen: Esmarch, K., Vacuae possessionis traditio. Prag 1873.

Die Ausführungen Esmarch's haben Anfechtung erfahren und dürften ſich auch kaum halten laſſen. Immerhin verdient es Anerkennung, daß Esmarch der erſte war, welcher in dieſer Tradition etwas Beſonderes geſucht hat.

Windſcheid, Pandekten, Bd. 1[5], §. 153, Anm. 9, erblickt hier in dem Worte uacua eine bloße Verſtärkung, und damit dürfte der Grundton der bisherigen Litteratur am beſten gezeichnet ſein. Gleichwohl hätte an dieſer Auffaſſung ſchon einigermaßen die Wortſtellung irre machen ſollen, da die Römer bekanntlich dasjenige Wort, auf welches ſie den Hauptnachdruck legen, voranzuſtellen pflegen.

IV. Art und Weiſe der Behandlung.

Ueber die Art und Weiſe, wie ich dieſe uacua possessio hier zu behandeln gedenke, wäre dann noch dies zu ſagen.

Wenn ein Begriff wie die uacua possessio in der bisherigen Litteratur, man darf wohl ſagen, gänzlich ausfallen konnte, ſo muß das ſeine beſtimmten Gründe haben; und dieſe Gründe werden vor allen Dingen darin zu ſuchen ſein, daß das bisherige Beſitzesrecht in manchen Beziehungen falſch aufgefaßt worden. So werde ich mich denn in dieſer Schrift nicht lediglich auf die uacua possessio beſchränken können, ſondern, um Raum für dieſelbe zu gewinnen, in's übrige Beſitzesrecht mit hinübergreifen müſſen.

Ob ich nach dieſer Richtung hin zu viel gethan? Jedenfalls iſt es die uacua possessio, welche ſich als roter Faden durch's Ganze zieht und die Anordnung im Einzelnen bedingt hat. Auch habe ich überall die Schranke beobachtet, mich auf weitere Ausführungen nur da einzulaſſen, wo ich neue Geſichtspunkte glaubte aufſtellen zu können.

Erster Abschnitt.

Leerer Besitz bei Lebzeiten.

Erſte Abteilung.

Leerer Beſitz als ſolcher.

Erſtes Kapitel.

Allgemeine Vorausſetzungen des leeren Beſitzes.

1. § 1. Ein Grundſtück.

Leerer Beſitz iſt nur bei Grundſtücken möglich. Dieſer Satz iſt zuvörderſt zu beweiſen.

I. Der Nachweis.

1. In den meiſten Stellen, wo von uacua possessio die Rede, wird das Grundſtück ausdrücklich daneben erwähnt.

Rhet. ad Her. 4, 29 § 40. Gai. 4, 131ª. Fragm. Vat. 316. Proculus fr. 68 § 2 C. E. 18, 1. Labeo fr. 78 § 1 eodem. Paulus fr. 36 A. E. V. 19, 1. Scaeuola fr. 48 eodem. Derſelbe fr. 35 § 1 de don. 39, 5. Pomponius fr. 33 A. u. A. P. 41, 2. Ulpianus fr. 34 pr. eodem. Paulus fr. 4 § 22 de usurp. 41, 3. Papinianus fr. 18 de ui 43, 16. Ulpianus fr. 3 § 6 de itinere 43, 19. Paulus fr. 50 de iure fisci 49, 14. c. 12 de fide instr. 4, 21. c. 8 A. E. V. 4, 49. c. 8 de don. ante nupt. 5, 3. c. 12 eodem. c. 23 de don. i. u. et ux. 5, 16. c. 7 A. et R. P. 7, 32. c. 13 de distr. pign 8, 27.

2. Sämmtliche Urkunden, in denen uns die uacua possessio entgegentritt, haben Rechtsgeſchäfte über Grundſtücke zum Gegenſtande.

Von den Urkunden bei Bruns Fontes[4] gehören namentlich hierher:

Die Schenkung des Fl. Artemidorus, S. 201, und die Schenkung der Statia Irene, S. 201. 202.

Von den Urkunden bei Marini, I papiri diplomatici, Roma 1805, ſind beſonders hervorzuheben:

No. 114 Verkauf von Seiten der Tulgilo, ihrer Tochter Domnica und ihres Sohnes Deutherius,

No. 115 Verkauf des Domnicus an Montanus,

No. 118 Verkauf von Seiten des Gudilaib,

No. 120 Verkauf des Domninus an Deusdedit.

3. In andern Stellen geht aus dem Zuſammenhange oder aus Ausdrücken wie ingredi, inducere u. ſ. w. hervor, daß es ſich um Grundſtücke handle.

Pomp. fr. 18 § 1 C. E. 18, 1.

et idem Alfenus scripsit de uacua possessione per servum tradita.

Kurz vorher war die Rede von einem Sklaven, der bei Bezeichnung der Grenzen das Gebiet des Ackers zu groß angegeben hatte.

Paul. fr. 2 § 1 A. E. V. 19, 1.

Vacua possessio emptori tradita non intellegitur, si alius in ea legatorum fideiue commissorum seruandorum causa in possessione est aut creditores possideant.

Possessio im Anfange iſt die Beſitzung, auf der ſich ein anderer befindet. Dies ergeben die Worte: si alius in ea (auf derſelben) in possessione est. Man hat keineswegs nötig, in possessione zu ſtreichen, wozu Mommſen geneigt ſcheint, da es einen ganz guten Sinn giebt.

Pomp. fr. 3 § 1 eodem.

Si emptor uacuam possessionem tradi stipulatus sit et ex stipulatu agat, fructus non uenient in eam actionem, quia et qui fundum dari stipularetur, uacuam quoque possessionem tradi oportere stipulari intellegitur.

Hier wird die Stipulation auf fundum dari herangezogen,

um den Inhalt der Stipulation auf uacuam possessionem tradi näher zu bestimmen: also werden wir auch diese possessio von einem Grundstücke zu verstehen haben.

Pap. fr. 4 pr. Us. 22, 1.

Si stipulatus sis rem dari uacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora uerba consecuturum te ratio suadet. an idem de partu ancillae responderi possit, considerandum est.

Papinian behandelt hier denselben Fall, wie Pomponius in der so eben besprochenen Stelle; schon dieser Umstand läßt auf ein Grundstück schließen. Außerdem dürften die fructus capti wie der partus ancillae darauf hinweisen; das Grundstück wird nämlich, wie dies ja häufig vorkam, mit sammt den Sklaven, die sich auf demselben befanden, Gegenstand des Rechtsgeschäftes gewesen sein. Wir wissen sogar, daß dieses Grundstück ein fundus Italicus war: denn das auf die ausgeschriebenen Worte bald folgende per traditionem ist augenscheinlich statt per mancipationem von den Compilatoren erst in den Text gebracht worden.

Venuleius fr. 52 § 2 A. u. A. P. 41, 2.

Species inducendi in possessionem alicuius rei est prohibere ingredienti uim fieri: statim enim cedere aduersarium et uacuam relinquere possessionem iubet.

Inducere, prohibere, ingredi: alles Ausdrücke, die auf ein Grundstück hinweisen.

Die Beziehung auf ein Grundstück ist ferner leicht in folgenden Stellen zu erkennen.

Cic. de officiis 1. 7, § 21. Fr. Vat. 314. Paul. fr. 4 § 27 de usurp. 41, 3. c. 12 de prob. 4, 19. c. 12 C. E. 4, 38. c. 2 A. u. A. P. 7, 32.

4. Zuweilen wird uacua possessio durch uacuus fundus u. dgl. umschrieben.

Cic. pro Sex. Roscio 9, 26.

praedia uacua filio traditurum.

Cic. pro Tullio 17.
illis absentibus fines Acerronio demonstrauit, neque tamen hanc centuriam Populianam uacuam tradidit.

Suet. Vesp. 8.
uacuas areas occupare et aedificare, si possessores cessarent, cuicumque permisit.

Africanus fr. 33 Loc. Cond. 19, 2.
nam et si uendideris mihi fundum isque priusquam uacuus traderetur etc.

c. 8 de omni agro deserto 11, 59.
uacanti ac destituto solo.

5. Nur folgende wenige Stellen bleiben übrig, wo uns die Beziehung auf ein Grundſtück nicht ſofort entgegentritt.

Paul. fr. 32 § 20 de rec. 4, 8.
Arbitri officio continetur et quemadmodum detur uacua possessio.

Ulp. fr. 52 § 1 V. O. 45, 1.
Si quis uacuam possessionem tradi promiserit, non nudum factum haec stipulatio continebit, sed causam bonorum.

Ulp. fr. 75 § 7 eodem.
incertum stipulari uidetur: in faciendo, ueluti „fossam fodiri“ „domum aedificari“ „uacuam possessionem tradi“.

c. 3 A. et R. P. 7, 32.
Donatarum rerum a quacumque persona infanti uacua possessio tradita corpore quaeritur.

Von dieſen vier Stellen kann man aber vielleicht noch zwei wieder ausſcheiden.

Denn in der vorletzten Stelle wird es uns wenigſtens nahe gelegt, bei der Stipulation „uacuam possessionem tradi“ an ein Grundſtück zu denken, da auch die andern beiden Stipulationen ſich auf Grundſtücke beziehen.

Und was die letzte Stelle anbetrifft, ſo haben bereits

Rudorff[1]) und Esmarch[2]) aus dem Worte res gefolgert, daß es sich hier um Grundstücke handle. In der That dient der Ausdruck res schlechthin zur Bezeichnung eines Grundstückes. Hierfür können schon angeführt werden zwei so eben besprochene Stellen: fr. 4 pr. Us. 22, 1 und fr. 52 § 2 A. u. A. P. 41, 2. Vor allem möchte ich aber hinweisen auf die von der sog. laesio enormis handelnde c. 2 de resc. uend. 4, 44, wo rem durch fundum erläutert wird. Es ist demnach gar nicht einmal richtig, wenn man die Grundsätze über laesio enormis auf bewegliche Sachen übertragen hat[3]).

So blieben denn eigentlich nur zwei Stellen übrig, die jede Beziehung auf ein Grundstück vermissen lassen. Diese Erscheinung ist keineswegs geeignet, Bedenken irgend welcher Art wachzurufen: denn einerseits stehen ganz kurze Aussprüche in Frage, andererseits wird jeder römische Rechtsgelehrte gewußt haben, was unter uacua possessio zu verstehen sei. Eher könnte man sich darüber wundern, daß nicht mehr Stellen dieser Art vorhanden sind.

6. Es giebt keine einzige Stelle, wo uacua possessio von einer beweglichen Sache gebraucht wäre.

7. Durch alles bisher Vorgebrachte wird zwar im hohen Grade wahrscheinlich, daß sich die uacua possessio auf Grundstücke beschränkte, ein eigentlich zwingender Beweis ist indes noch nicht erbracht worden. Nun kommt aber hinzu, daß die uacua possessio zu den beweglichen Sachen in sehr bestimmten Gegensatz tritt.

So unterscheidet Gajus ausdrücklich zwischen dem Besitz von beweglichen Sachen und der fundi possessio quae uacat. Gai. 2, 50 u. 51. § 6, 7 I. de usucap. 2, 6. fr. 37 de usurp. 41, 3.

In dem bereits zum Teil erörterten fr. 4 pr. Us. beruhen die Zweifel, welche Papinian hinsichtlich des partus ancillae

1) Zu Savigny, Recht des Besitzes[7], S. 649.
2) Vac. poss. trad. S. 73.
3) Vgl. Zachariä, Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. 17, S. 49 fg.

auffteigen, wie wir noch ſpäter ſehen werden, mit darauf: daß bei Sklaven von uacua possessio keine Rede ſein kann.

Außerdem wären folgende Stellen hervorzuheben.

Celsus fr. 18 § 2 A. u. A. P. 41, 2.

Si uenditorem quod emerim deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit: aut si uicinum mihi fundum mercato uenditor in mea turre demonstret uacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.

Hier werden zwei einander ähnliche Beſitzerwerbungen an beweglichen und unbeweglichen Sachen mit einander verglichen, nur in letzterer Beziehung aber wird von einer uacua possessio geſprochen.

c. 11 pr. Unde ui 8, 4.

Cum quaerebatur inter Illyricianam aduocationem, quid fieri oporteret propter eos. qui uacuam possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt, quia ueteres leges nec unde ui interdictum nec quod ui aut clam uel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant.

Bei der uacua possessio absentium, von der hier die Rede, kann nur an Grundſtücke gedacht ſein, wie ſchon die in Bezug genommenen Interdicte darthun. Daher ſtellt denn auch Juſtinian im § 1 der angeführten constitutio dieſer uacua possessio absentium die geſtohlenen Sachen gegenüber.

Einen beſonders ſcharfen Ausdruck hat dieſer Gegenſatz gefunden in

Fr. Vat. 293.

Quapropter in his quidem, quae solo tributario consistunt, a maiore V et XX annis in uacuam inductos possessionem ostendi conuenit. Rerum autem mobilium siue mouentium etc.

Und noch bemerkenswerter iſt vielleicht

Fr. Vat. 249, 7.

Non enim aliter uacua iure dantis res erit, quam

ea uel eius uoluntate, si est mobilis tradatur, uel abscessu sui, si domus aut fundus aut quid eiusdem generis erit, sedem nouo domino patefaceret.

Bei der beweglichen Sache haben wir hier die Volltradition, d. h. Hingabe und Annahme; in Bezug auf Grundstücke ist dagegen von einem Fortgehen und Platzmachen die Rede, was nur ein umschreibender Ausdruck für die Einräumung leeren Besitzes ist.

8. Schließlich dürfte doch auch wohl die natürliche Bedeutung ein wenig in's Gewicht fallen. Wenn ich den Begriff leerer Besitz mit Grundstücken in Verbindung bringe, so kann ich mir etwas Vernünftiges dabei denken. Leerer Besitz an beweglichen Sachen, was sollte das eigentlich sein? Man müßte sich dann schon auf solche bewegliche Sachen beschränken, die eine gewisse Aehnlichkeit mit Grundstücken haben, wie z. B. Schiffe.

II. Bedeutung des Nachweises.

Durch diese Ausführungen dürfte bewiesen sein, daß die uacua possessio nur bei Grundstücken vorkommt. Bisher hat man sich der Wahrnehmung zwar nicht verschließen können, daß unbewegliche Sachen in der Regel den Gegenstand der uacua possessio bildeten, wenigstens in Bezug auf die uacuae possessionis traditio ist dies behauptet[1]); daß Grundstücke eine notwendige Voraussetzung seien, ist aber bisher nicht erkannt worden. Und doch ist dieser Punkt keineswegs von untergeordneter Bedeutung. Denn da sich das römische Besitzesrecht bei Grundstücken in manchen Beziehungen anders gestaltet hat, als bei beweglichen Sachen, ist jetzt erst die Möglichkeit gewonnen, näher über die Natur der uacua possessio nachzudenken.

2. § 2. Leerheit des Grundstückes.

Von Leerheit eines Grundstückes kann man in einem doppelten Sinne sprechen: leer ist ein Grundstück, auf dem sich

1) Esmarch a. a. O. S. 68.

keine beweglichen Sachen, leer aber auch ein Grundſtück, auf dem ſich keine Perſonen befinden. In beiderlei Beziehungen iſt der Begriff Leerheit juriſtiſch von Bedeutung. Bei der uacua possessio haben wir aber nur an Perſonen zu denken. Dies wird ſchon in der älteſten Stelle, die wir über unſern Gegenſtand beſitzen, hervorgehoben.

Rhet. ad Her. 4, 29 § 40.

Vacuom, quom ego adessem, possidere non potuisti.

Selbſt Kinder und Sklaven, welche letztere alſo in dieſer Beziehung als Perſonen gelten, ſtehen dem Begriffe *leerer Beſitz* im Wege.

Labeo fr. 78 § 1 C. E. 18, 1.

Fundum ab eo emisti, cuius filii postea tutelam administras, nec uacuam accepisti possessionem. dixi tradere te tibi possessionem hoc modo posse, ut pupillus et familia eius decedat de fundo, tunc demum tu ingrediaris possessionem.

Statt nec uacuam hat allerdings die Florentina nequaquam. Indeſſen nec uacuam wird durch die Pariſer und Paduenſer Handſchrift gewährleiſtet und dürfte ſomit begründeten Bedenken nicht unterliegen.

Die Sachlage iſt folgende. Der ſpätere Vormund hat vom Vater ſeines Mündels ein Grundſtück gekauft, aber den leeren Beſitz bei deſſen Lebzeiten noch nicht erhalten. Dies wird ſo zu verſtehen ſein, daß eine Verpflichtung zur Einräumung zwar eingegangen, die Erfüllung aber noch ausgeblieben war. Damit nun dieſe Erfüllung möglich werde, iſt zunächſt erforderlich, daß Mündel und Sklaven das Grundſtück verlaſſen.

Der Beſitz kann körperlich nicht bloß von dem Beſitzer und deſſen Sklaven, ſondern auch von andern in ſeinem Namen ausgeübt werden, mögen ſie nun ſeiner Gewalt unterworfen ſein oder nicht[1]).

Daher werden wir ſagen müſſen, daß es zum Ausſchluſſe

1) Gai. 4, 153.

des leeren Besitzes genügt, wenn sich statt des Besitzers ein anderer auf dem Grundstücke befindet, sei es auch nur ein einfacher Detentor.

Andererseits ist zu bedenken, daß ein einfacher Detentor den Entschluß fassen kann, an Stelle des alten für einen neuen Besitzer den Besitz auszuüben. Unter dieser Voraussetzung ist einfache Detention mit uacua possessio sehr wohl verträglich. Diese Erscheinung wird uns bei der Einräumung leeren Besitzes entgegentreten.

Vom einfachen Detentor ist derjenige zu unterscheiden, welcher kraft selbständigen Rechtes die Sache inne hat. Hierauf bezieht sich

Paul. fr. 2 § 1 A. E. V. 19, 1.

Vacua possessio emptori tradita non intellegitur, si alius in ea legatorum fideiue commissorum seruandorum causa in possessione est aut creditores bona possideant. idem dicendum est, si uenter in possessione sit: nam et ad hoc pertinet uacui appellatio.

Ein seines Vermächtnisses halber Eingewiesener galt zwar im eigentlichen Sinne nicht als Besitzer [1]). Er durfte aber neben dem Erben auf dem Grundstücke verweilen [2]) und wurde geschützt mittelst interdictum ne uis fiat, actio in factum, sowie extra ordinem [3]). Aehnlich verhielt es sich mit den eingewiesenen Gläubigern und dem uenter in possessione [4]). Justinian hat die Lage der so Eingewiesenen noch wesentlich verbessert [5]).

Eingewiesene dieser Art setzen dem Eintritte leeren Besitzes kräftigeren Widerstand entgegen, da sie nicht, wie einfache Detentoren, ihre Befugnisse vom Besitzer herleiten. Andererseits

1) fr. 1 § 9 Quod leg. 43, 3: quod non possidet is qui missus est in possessionem legatorum causa, sed potius custodit.

2) fr. 5 pr. Ut in poss. 36, 4: sed simul cum eo possidere iubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.

3) De cautione et missione l. s. f. s. c. pag. 9 ffg.

4) Vgl. Dernburg, Pfandrecht, Bd. 1, S. 404 fgg.

5) c. 2 de pign. praet. 8, 21.

kann aber die einfache Detention ebenfalls Schwierigkeiten bereiten, nicht bloß thatſächliche, ſondern auch rechtlich begründete, ſofern der Detention eine iusta causa zur Seite ſteht [1]). Alles dies wird bei der Einräumung leeren Beſitzes näher beſprochen werden müſſen.

Hier mag nur noch folgender Punkt berührt werden.

Weil Anweſenheit auf dem Grundſtücke den leeren Beſitz ausſchließt, kann derſelbe naturgemäß nur zu demjenigen Beſitz in Gegenſatz gedacht werden, welcher das Grundſtück in der Geſammtheit ſeiner Beziehungen umfaßt. Leerer Beſitz iſt demnach nicht denkbar bei Grunddienſtbarkeiten, wo die Ausübung durch Anweſenheit eines Beſitzers nicht gehindert wird.

Iauolenus fr. 20 de seru. 8, 1.

Quotiens uia aut aliquid ius fundi emeretur, cauendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eius modi iuris uacua traditio esset.

Pomp. fr. 3 § 2 A. E. V. 19, 1.

Si iter actum uiam aquae ductum per tuum fundum emero, uacuae possessionis traditio nulla est.

Andererſeits wird man aber auch behaupten müſſen, daß Ausübung einer derartigen Grunddienſtbarkeit dem Eintritte leeren Beſitzes nicht im Wege ſtehe.

3. § 3. Möglichkeit gewaltfreier Beſitzergreifung.

Die Leerheit eines Grundſtückes kann durch gewaltſame Vertreibung oder auf andere Weiſe herbeigeführt werden. Der leere Beſitz tritt nun in ganz beſtimmten Gegenſatz zur gewaltſamen Vertreibung. Wer einen andern von ſeinem Grundſtücke vertreibt, macht das Grundſtück zwar leer, aber ihm gegenüber iſt kein leerer Beſitz vorhanden. Dies ergiebt ganz deutlich die bereits angeführte Stelle

Rhet. ad Her. 4, 29 § 40.

Expeditio est, quom rationibus conpluribus enume-

1) Marc. fr. 12 de ui 43, 16.

ratis, quibus aliqua res fieri potuerit, ceterae tolluntur, una relinquitur, quam nos intendimus, hoc modo: necesse est, quom constet istum fundum nostrum fuisse, ostendas te aut uacuom possedisse aut usu tuum fecisse, aut emisse, aut hereditate tibi uenisse: uacuom, quom ego adessem, possidere non potuisti; usu tuum fecisse etiam nunc non potes; emptio nulla profertur; hereditate tibi me uiuo mea pecunia uenire non potuit; relinquitur ergo, ut me ui de meo fundo deiecceris.

Die Form der Beweisführung, welche Cornificius, oder wer nun der Verfasser dieser Rhetorica sein mag, hier expeditio nennt, kommt bei Cicero de inu. 1, 29 § 44, 45 unter dem Namen enumeratio vor. Das Wesen derselben besteht darin, daß eine Reihe von Möglichkeiten aufgezählt und deren Nichtvorhandensein nachgewiesen wird, bis die eine Möglichkeit, welche man haben wollte, übrig bleibt. Das zur Veranschaulichung gewählte Beispiel ist dieses.

Ich will meinem Gegner nachweisen, daß er mich gewaltsam aus meinem Grundstücke vertrieben habe. Als feststehend wird angenommen, daß mir das Grundstück einmal zu Eigentum bezw. Besitz gehörte, und auch wohl, daß der Gegner gegenwärtiger Besitzer ist. Zunächst wird nun nachgewiesen, daß der Gegner jedenfalls kein Eigentümer geworden sei: weder durch Ersitzung, noch durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, noch durch Erbschaft. Anlangend die Besitzesfrage, so wird hervorgehoben, daß der Gegner wegen meiner Gegenwart das Grundstück unmöglich als leeres in Besitz genommen haben könne (possīdĕre); also bleibe nur gewaltsame Vertreibung übrig.

Sollte freilich der Vertreibende sich auf die Vertreibung beschränkt und die Besitzergreifung unterlassen haben, so würde zwar leerer Besitz entstehen, aber nur für andere, nicht für den Vertreibenden.

Paul. fr. 4 § 22 de usurp. 41, 3.

Si tu me ui expuleris de fundi possessione nec adprehenderis possessionem, sed Titius in uacuam possessionem intrauerit, potest longo tempore capi res:

quamuis enim interdictum unde ui locum habeat, quia uerum est ui me deiectum, non tamen uerum est et ui possessum.

Der Vertreibende unterlag dann dem Interdictum unde ui, obwohl er gar nicht besaß[1]), nicht aber der dritte Besitzer, weil dieser ohne Gewaltthat den Besitz erlangt hatte.

Insofern ist leerer Besitz nur ein relativer Begriff, und zwar relativ vom Standpunkte der Besitzergreifung aus. Dieser Relativität entsprechend wählte ich für diese dritte Voraussetzung den Ausdruck Möglichkeit gewaltfreier Besitzergreifung.

Zweites Kapitel.

Arten des leeren Besitzes.

§ 4. Vorbemerkung.

Von den allgemeinen Voraussetzungen des leeren Besitzes wende ich mich zu den besonderen, oder den Arten des Besitzes.

Zu Anfang wird der ganze Erdboden leerer Besitz gewesen sein. Auf diese Urzustände bezieht sich

Cic. de off. 1, 7 § 21.

Sunt autem priuata nulla natura, sed aut ueteri occupatione, ut qui quondam in uacua uenerunt.

Abgesehen von diesen Urzuständen haben wir verschiedene Arten des leeren Besitzes zu unterscheiden. Die Hauptstelle ist

Gai. 2, 51.

Fundi quoque alieni potest aliquis sine ui possessionem namcisci, quae uel ex neglegentia domini uacet, uel quia dominus sine successore decesserit, uel longo tempore afuerit.

Mit geringer Abweichung ist die Stelle außerdem noch überliefert als fr. 37 § 1 de usurp. 41, 3. Dem Sinne nach stimmt überein

1) Ulp. fr. 1 § 42 de ui 43, 16. Ex interdicto unde ui etiam is, qui non possidet, restituere cogetur.

§ 7 I. de usuc. 2, 6.

Ut si quis loci uacantis possessionem propter absentiam aut neglegentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine ui nanciscatur.

Anscheinend werden uns hier drei Arten leeren Besitzes vorgeführt. Es wird sich aber herausstellen, daß Nachlässigkeit nur eine Unterart der langen Abwesenheit ist. Ferner scheidet der Tod des Besitzers aus, da wir uns zunächst nur mit dem leeren Besitze bei Lebzeiten beschäftigen wollen; es bleibt aber übrig der Tod des Vertreters.

Hinzu kommt sodann in Gemäßheit von fr. 4 § 22 de usurp. 41, 3, der Besitzesverlust.

Die Nebeneinanderstellung — lange Abwesenheit, Tod des Vertreters, Besitzesverlust — deutet schon darauf hin, daß ich weder in der langen Abwesenheit noch dem Tode des Vertreters einen Besitzesverlust erblicke. Dieser Punkt bedarf aber eines besonderen Nachweises. Andererseits ist genauer darzulegen: wie weit der leere Besitz in den Besitzesverlust hineinreicht.

Bei der langen Abwesenheit ist zu unterscheiden zwischen der Abwesenheit des Besitzers und der Abwesenheit des Vertreters.

Der Besitzesverlust kommt nur insofern in Betracht, als sich mit demselben ein Verlassen des Grundstückes verbindet: denn nur insofern kann von leerem Besitz die Rede sein.

Wir haben zu unterscheiden zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Verlassen des Grundstückes.

Das unfreiwillige Verlassen, um die Hauptfälle zu nennen, wird teils durch Naturereignisse, teils durch gewaltthätige Vertreibung herbeigeführt.

Da die gewaltthätige Besitzergreifung einen Gegensatz zum leeren Besitze bildet, ist für diesen bei gewaltthätiger Vertreibung nur insofern Raum, als der gewaltthätig Handelnde nicht selber Besitz ergreift.

Die Gewaltthat kann sich richten gegen den Besitzer oder dessen Vertreter.

Wir haben ferner zu unterscheiden zwischen der Vertreibung durch physische Gewalt, Vertreibung durch Furchterregung und Verhinderung der Rückkehr.

quamuis enim interdictum unde ui locum habeat, quia uerum est ui me deiectum, non tamen uerum est et ui possessum.

Der Vertreibende unterlag dann dem Interdictum unde ui, obwohl er gar nicht beſaß[1]), nicht aber der dritte Beſitzer, weil dieſer ohne Gewaltthat den Beſitz erlangt hatte.

Inſofern iſt leerer Beſitz nur ein relativer Begriff, und zwar relativ vom Standpunkte der Beſitzergreifung aus. Dieſer Relativität entſprechend wählte ich für dieſe dritte Vorausſetzung den Ausdruck Möglichkeit gewaltfreier Beſitzergreifung.

Zweites Kapitel.

Arten des leeren Beſitzes.

§ 4. Vorbemerkung.

Von den allgemeinen Vorausſetzungen des leeren Beſitzes wende ich mich zu den beſonderen, oder den Arten des Beſitzes.

Zu Anfang wird der ganze Erdboden leerer Beſitz geweſen ſein. Auf dieſe Urzuſtände bezieht ſich

Cic. de off. 1, 7 § 21.

Sunt autem priuata nulla natura, sed aut ueteri occupatione, ut qui quondam in uacua uenerunt.

Abgeſehen von dieſen Urzuſtänden haben wir verſchiedene Arten des leeren Beſitzes zu unterſcheiden. Die Hauptſtelle iſt

Gai. 2, 51.

Fundi quoque alieni potest aliquis sine ui possessionem namcisci, quae uel ex neglegentia domini uacet, uel quia dominus sine successore decesserit, uel longo tempore afuerit.

Mit geringer Abweichung iſt die Stelle außerdem noch überliefert als fr. 37 § 1 de usurp. 41, 3. Dem Sinne nach ſtimmt überein

1) Ulp. fr. 1 § 42 de ui 43, 16. Ex interdicto unde ui etiam is, qui non possidet, restituere cogetur.

§ 7 I. de usuc. 2, 6.

Ut si quis loci uacantis possessionem propter absentiam aut neglegentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine ui nanciscatur.

Anscheinend werden uns hier drei Arten leeren Besitzes vorgeführt. Es wird sich aber herausstellen, daß Nachlässigkeit nur eine Unterart der langen Abwesenheit ist. Ferner scheidet der Tod des Besitzers aus, da wir uns zunächst nur mit dem leeren Besitze bei Lebzeiten beschäftigen wollen; es bleibt aber übrig der Tod des Vertreters.

Hinzu kommt sodann in Gemäßheit von fr. 4 § 22 de usurp. 41, 3, der Besitzesverlust.

Die Nebeneinanderstellung — lange Abwesenheit, Tod des Vertreters, Besitzesverlust — deutet schon darauf hin, daß ich weder in der langen Abwesenheit noch dem Tode des Vertreters einen Besitzesverlust erblicke. Dieser Punkt bedarf aber eines besonderen Nachweises. Andererseits ist genauer darzulegen: wie weit der leere Besitz in den Besitzesverlust hineinreicht.

Bei der langen Abwesenheit ist zu unterscheiden zwischen der Abwesenheit des Besitzers und der Abwesenheit des Vertreters.

Der Besitzesverlust kommt nur insofern in Betracht, als sich mit demselben ein Verlassen des Grundstückes verbindet: denn nur insofern kann von leerem Besitz die Rede sein.

Wir haben zu unterscheiden zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Verlassen des Grundstückes.

Das unfreiwillige Verlassen, um die Hauptfälle zu nennen, wird teils durch Naturereignisse, teils durch gewaltthätige Vertreibung herbeigeführt.

Da die gewaltthätige Besitzergreifung einen Gegensatz zum leeren Besitze bildet, ist für diesen bei gewaltthätiger Vertreibung nur insofern Raum, als der gewaltthätig Handelnde nicht selber Besitz ergreift.

Die Gewaltthat kann sich richten gegen den Besitzer oder dessen Vertreter.

Wir haben ferner zu unterscheiden zwischen der Vertreibung durch physische Gewalt, Vertreibung durch Furchterregung und Verhinderung der Rückkehr.

I. Lange Abwesenheit

A. Des Besitzers.

1. § 5. Lange Abwesenheit und Vernachlässigung des Grundstückes.

Die Vernachlässigung eines Grundstückes ist möglich, sowohl wenn der Besitzer sich auf demselben befindet, als auch, wenn er sich von demselben fern hält. Der erste Fall scheidet hier aus, da dann kein leerer Besitz vorliegt. Das Fernbleiben des Besitzers können wir uns nur als lange Abwesenheit denken, weil mit einer kurzen Abwesenheit als solcher keine Nachlässigkeit verbunden sein kann. Insofern deckt sich also die Nachlässigkeit mit der langen Abwesenheit.

Aber lange Abwesenheit ist der weitere Begriff. Die Vernachlässigung eines Grundstückes hat nämlich eine sachliche und eine persönliche Voraussetzung. Die sachliche Voraussetzung besteht darin, daß das Grundstück nicht so gehalten wird, wie es ein guter Hausvater halten würde; die persönliche darin, daß die schlechte Haltung dem Besitzer zugerechnet werden muß. Fehlt die eine oder andere Voraussetzung, so kann zwar lange Abwesenheit vorliegen, ohne daß wir indes von einer Vernachlässigung sprechen dürften. Ein Landmann, der seine Sommerweiden hoch oben auf den Apenninen hat und diese zur Winterszeit verläßt, ist lange Zeit von seinem Grundstücke abwesend, ohne daß wir ihm Nachlässigkeit zum Vorwurf machen können, da die Nichtbenutzung zur Winterszeit durch die Beschaffenheit des Grundstückes geboten war: hier fehlt es an der sachlichen Voraussetzung. Die persönliche Voraussetzung würde man vermissen, wenn der Besitzer z. B. aus gegründeter Furcht vor einem feindlichen Einfall sein Ackergrundstück unbebaut ließe.

Ist aber die lange Abwesenheit der weitere Begriff, in dem die Nachlässigkeit vollständig aufgeht, so genügt es, diese hier zu nennen. Wenn in den Quellen die Nachlässigkeit daneben besonders hervorgehoben wird, so könnte der Grund hiervon

der sein, daß dies der gewöhnlichere Fall war. Es würde sich dann mit dieser Zusammenstellung ähnlich verhalten, wie mit der neglecta atque omissa custodia in fr. 47 A. u. A. P. 41, 2, worauf ich noch zurückkommen werde [1]). Ferner macht die Wortstellung bei Gajus ganz den Eindruck, als wäre uel longo tempore afuerit ursprünglich Glosse gewesen, die später an verkehrter Stelle dem Text einverleibt wurde: also ursprünglich zu enge Fassung, die man dann später berichtigte. Außerdem ist zu bemerken, daß einzelne Wirkungen lediglich mit der Nachlässigkeit verknüpft wurden, wie wir später sehen werden [2]).

In gewisser Weise stimmt mit der hier vertretenen Ansicht Ihering [3]) überein. Derselbe erblickt in der Nachlässigkeit eine verschuldete, in der längeren Abwesenheit eine unverschuldete Besitzlosigkeit. Nur muß ich gegen den Ausdruck Besitzlosigkeit ganz entschieden Verwahrung einlegen. Es handelt sich um leeren Besitz, und leerer Besitz hat nicht notwendig Besitzlosigkeit zur Folge. Die Frage soll im folgenden Paragraphen für sich erörtert werden.

Bruns [4]) meint umgekehrt: die lange Abwesenheit gebe nur einen Umstand her, aus dem die Nachlässigkeit mittelbar entnommen werden könne. Das ist eine Erklärung, welche die lange Abwesenheit vollständig ausmerzt.

Der sog. Theophilus zu der angeführten Institutionenstelle umschreibt in folgender Weise:

εἶχέ τις ἀγρὸν, ἀποδημήσας τοῦτον κατέλιπεν ἀπρονόητον ἢ καὶ παρὼν οὐδεμίαν ἐτίθετο φροντίδα τοῦ ἀγροῦ.

Was diese Umschreibung besagen will, ist nicht ganz klar. Soll das *παρών* Anwesenheit auf dem Grundstücke bedeuten, so ist die Erklärung offenbar falsch. Da aber von einer Reise die Rede — *ἀποδημήσας* — so mag ja wohl bei *παρών* an Ortsanwesenheit gedacht sein. Hierfür scheint auch das später folgende *ἑωρακὼς ἐγὼ ὑπ᾽ οὐδενὸς διακατεχό-*

1) Vgl. unten § 6.
2) Vgl. unten § 77.
3) Grund des Besitzesschutzes, S. 216, 217.
4) Besitzklagen, S. 130, Anm. 1.

μενον zu sprechen. Eine solche Unterscheidung, ob jemand sich als Ortsanwesender oder wegen einer Reise um sein Grundstück nicht bekümmerte, ist aber den Quellen fremd; insonderheit läßt sie sich der Gajusstelle nicht ohne Zwang anpassen. Die Quellen sehen lediglich darauf, ob jemand auf seinem Grundstücke anwesend oder von demselben abwesend ist.

Ferner fragt sich, ob ἀπρονόητον ebenfalls von Vernachlässigung zu verstehen sei. Dann wäre Nachlässigkeit das gemeinschaftliche Merkmal für beide Fälle, und eine solche Erklärung träfe derselbe Vorwurf, den wir gegen Bruns erheben mußten.

Wollen wir aber bei ἀπρονόητον von Nachlässigkeit absehen, was sprachlich zulässig sein dürfte, so kämen wir zu Ergebnissen, die in sachlicher Beziehung kaum befriedigen können. Im Falle der Ortsabwesenheit entstände dann sowohl durch Nachlässigkeit wie lange Abwesenheit leerer Besitz, dagegen bei Ortsanwesenheit würde dieser bloß durch Nachlässigkeit begründet, während die lange Abwesenheit als solche gänzlich ausfiele. Der Besitzer einer Sommervilla, die im Winter verlassen wird, würde anders dastehen, wenn diese Villa im Gebiete der Stadt gelegen wäre, wo er seinen sonstigen Wohnsitz hätte, als wenn er Winters in einer benachbarten Stadt wohnte: im einen Falle würde er ein παρών, im andern ein ἀποδημήσας sein.

Mag man also die Sache anfassen, wie man will, viel scheint mit der griechischen Erläuterung nicht anzufangen, und der Erklärer sich über das zu Erklärende selber nicht recht klar geworden zu sein.

2. § 6. Lange Abwesenheit und Besitzesverlust.

Die drei im vorigen Paragraphen besprochenen Stellen — Gai. 2, 51; fr. 37 § 1 de usurp. § 7 I. de usucap. — werden fast allgemein von einem Besitzesverluste verstanden, meistens freilich so, daß man die lange Abwesenheit im Begriffe Nachlässigkeit aufgehen läßt[1]). So heißt es z. B. bei Bruns,

1) Vgl. Savigny, Rt. des Besitzes[7] S. 360, Anm. 1; Randa, Besitz[3] S. 482, 483; Bruns, Jahrb. d. g. Rts., Bd. 4, S. 40; Mei-

Besitzklagen, S. 129: „Dauert die Abwesenheit lange, so daß eine Vernachlässigung des Besitzes darin liegt, so entsteht allerdings uacua possessio, dann aber nur in dem Sinne, daß der bisherige Besitz ganz aufhört." Ihering[1]) erkennt zwar in der langen Abwesenheit den weiteren Begriff an, aber für Besitzesverlust tritt auch er mit großer Entschiedenheit ein. Mit ihm wollen wir uns hier näher beschäftigen.

Ihering führt seinen Beweis teils durch allgemeine Betrachtungen, teils durch Auslegung von Quellenstellen.

I. In ersterer Beziehung kommt vor allen Dingen die Ihering'sche Grundauffassung vom Besitze in Betracht.

Ihering erblickt in dem Besitze die Thatsächlichkeit des Eigentums, hält deshalb die diligentia des Eigentümers für ein unentbehrliches Erfordernis des Besitzes und folgert: daß seines Besitzes verlustig gehe, wer dieses Interesse verleugne und sich damit gewissermaßen von der Sache lossage. Insonderheit soll seinen Besitz verlieren, wer sein Grundstück verkommen und verwildern lasse.

Ich halte diesen Ihering'schen Gedanken nicht für richtig. Die Hauptgrundlage des römischen Besitzes war von Alters her das körperliche Verhältnis; und diesem körperlichen Verhältnisse geschieht bei einem Grundstücke völlig Genüge, wenn ich dasselbe betrete. Was ich auf dem Grundstücke anfange — ob ich Kohl und Rüben baue, oder die Hände in den Schoß lege — ist für den Besitzesbegriff ganz gleichgültig.

Ihering beruft sich für seine Ansicht auf den römischen Censor, der schon in alter Zeit eingeschritten sei, wenn jemand sein Feldgrundstück nicht ordentlich bewirtschaftete[2]). Ganz richtig! Aber der römische Censor bestrafte nicht bloß den abwesenden, sondern auch den anwesenden Besitzer. Der Ihering'sche

scheider, Besitz, S. 334 fg.; Bekker, Rt. des Besitzes, S. 239, 243; Kindel, Bes.rt., S. 271; Windscheid, Pand., Bd. 1⁵ § 156, Anm. 7; Brinz, Pand., Bd. 1², S. 525. Anderer Meinung Lenz, Rt. des Bes., S. 227 fg. Schirmer, Ztschr. für Civilrt. u. Proc. N. F. 11, S. 401—403 unterscheidet zwischen früherem und Justinianischem Rechte.

1) Grund des Besitzesschutzes², S. 209 fg.

2) Gell. N. A. 4, 12 § 1.

Satz müßte dazu führen, einem Besitzer, obwohl er sich auf seinem Grundstücke befände, den Besitz abzusprechen, wenn er dieses Grundstück nachlässig bewirtschaftete; ein Hausbesitzer müßte seines Besitzes verlustig erklärt werden, wenn er notwendige Ausbesserungen unterließe. Das wären doch Ergebnisse, die der römischen Anschauungsweise so ferne wie nur möglich liegen. Von dieser Ihering'schen Beweisführung gilt demnach: wer zu viel beweist, beweist gar nichts.

Ihering läßt nicht bloß bei verschuldeter, sondern auch bei unverschuldeter Abwesenheit Besitzesverlust eintreten: denn das längere Leerstehen des Grundstückes sei ein Zustand, welcher mit der regulären Verwirklichungsform des Eigentums an unbeweglichen Sachen in Widerspruch stehe. Hiermit läßt sich zwar noch die Behandlung der Sommer- und Winterweiden, wo trotz periodischer Abwesenheit der Besitz fortdauert, in Einklang bringen[1]). Nun sind ja aber im Laufe der Zeit die übrigen Grundstücke derselben Behandlung unterworfen worden[2]), was sich vom Ihering'schen Standpunkte aus gar nicht rechtfertigen läßt. Ferner möchte ich glauben, daß Ihering hier den Standpunkt der diligentia und negligentia, sofern der einzelne Besitzer in Betracht kommt, völlig preisgiebt. An die Stelle des subjectiven tritt ein objectiver Maßstab. Der Besitz geht nach Ihering verloren: nicht weil dem einzelnen ein Vorwurf gemacht werden kann, sondern weil ein anderer Zustand im allgemeinen möglich und wünschenswerter erscheint.

Ihering glaubt freilich in c. 2 A. et R. P. 7, 32 sogar eine Stelle aufgefunden zu haben, welche sich „als bloße quellenmäßige Formulierung" seiner ganzen Besitztheorie „immerhin sehen lassen" dürfe. Die hier vorkommenden Worte omnia ut dominum gessisse sollen nämlich nach Ihering das ausdrücken, was er Thatsächlichkeit des Eigentums nennt.

Zwingende Beweiskraft dürfte indes Ihering dieser

1) Vgl. Ihering a. a. O. S. 187 fg.

2) fr. 1 § 25 de ui 43, 16: nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omisisse possessionem uellemus, idem est.

Stelle kaum selber beilegen wollen. Das kann man ja Ihering bereitwillig zugeben: daß das, was er thatsächliche Ausübung des Eigentums nennt, auf eine Besitzesausübung schließen läßt; und dies wird in obiger Stelle aus den angeführten Worten ebenfalls gefolgert. Der Schluß ist aber nur deshalb richtig: weil im Mehr das Weniger mit enthalten ist, nicht weil dieses Mehr unbedingt nötig wäre.

II. Ich wende mich jetzt dem Quellenbeweise zu, den Ihering für unsere besondere Frage unternommen hat. Die Stellen beschränken sich zwar nicht auf Grundstücke. Da es sich hier aber um einen Grundgedanken des Besitzverlustes handelt, glaube ich, auch die beweglichen Sachen nicht ganz außer Acht lassen zu können.

In ersterer Beziehung legt Ihering zunächst besonderes Gewicht auf

Pap. pr. 47 A. u. A. P. 41, 2.

Si rem mobilem, apud te depositam aut ex commodato (concessam?)[1]) tibi, possidere neque reddere constit(u)eris, confestim amis(is) se me possessionem uel ignorantem responsum est. cuius rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamuis eas nemo alius inuaserit, ueteris possessionis damnum adferre consueuit: idque Nerua filius libris de usucapionibus rettulit. idem scribit aliam causam esse hominis commodati omissa custodia.

Nach dieser Stelle soll an einer geliehenen oder in Verwahrung gegebenen Sache der Besitz sofort verloren gehen, sobald der Inhaber den Entschluß faßt, die Sache zu besitzen, ohne daß der bisherige Besitzer darum zu wissen braucht.

Diesem Besitzverluste dürfte ein Besitzerwerb entsprechen, wie zum vollen Verständnis der Stelle hervorgehoben zu werden

1) Statt ex commodato der Florentina lesen Haloander und Vulgata commodatam. Nach Mommsen ist permissam oder etwas ähnliches hinter tibi ausgefallen. Wendt, Faustrecht, S. 186, schlägt datam oder concessam als Ergänzung vor.

verdient. Savigny[1]) meint freilich, daß der Beſitz auf der einen Seite zwar verloren gehe, auf der anderen Seite aber nicht erworben werde. Was hätte es aber für einen Sinn gehabt, einen Beſitzesverluſt ohne Wiſſen des bisherigen Beſitzers eintreten zu laſſen, wenn damit auf der anderen Seite kein Beſitzeserwerb verbunden geweſen wäre? Der Beſitzverluſt iſt augenſcheinlich Folge des auf Erwerb gerichteten Entſchluſſes — confestim — und dies iſt doch nur unter der Vorausſetzung ein erträglicher Gedanke, wenn dieſer auf Erwerb gerichtete Wille den Erwerb auch wirklich herbeiführte. Ferner erhalten wir nur auf dieſe Weiſe einen richtigen Gegenſatz zum ſpäteren quamuis eas nemo alius inuaserit.

Allerdings entſteht hier eine Schwierigkeit, und dieſe mag vielleicht die Savigny'ſche Anſicht veranlaßt haben. Ein ſolcher Beſitzerwerb eines untreuen Commodatars oder Depoſitars ließe ſich kaum anders als ein furtum auffaſſen. Wie ſieht es aber bei dieſer Annahme mit dem Erfordernis der contrectatio aus, das andere römiſche Rechtsgelehrte auch in einem ſolchen Falle verlangten[2]). Papinian muß eine contrectatio doch wohl nicht für erforderlich gehalten haben[3]), und dieſe Anſicht ſteht auch ſonſt nicht ohne Vertreter da[4]).

Der Grund für den in Frage ſtehenden Beſitzesverluſt bei beweglichen Sachen im engern Sinne, abgeſehen von Sklaven, meint Papinian, ſei vielleicht der: daß bei beweglichen Sachen im engern Sinne Vernachläſſigung und Aufhören der Obhut, neglecta atque omissa custodia, dem alten Beſitze häufig Schaden zufüge, damnum adferre consueuit, obwohl niemand daran Beſitz ergriffen habe.

Damnum adferre consueuit heißt wörtlich: Schaden zuzufügen pflegt[5]). Dabei dürfte indes weniger, wie Ihering

1) Recht des Beſitzes[7], S. 366, Anm. 1.

2) Paulus (Sabinus, Cassius) fr. 3 § 18 A. u. A P.

3) Vgl. Ihering, Geiſt, Bd. 2[3], S. 429.

4) Vgl. Celsus fr. 68 pr. de furtis 47, 2.

5) Vgl. c. un. § 1 de sol. deb. ciu. 11, 40; c. 6 de crim. exp. her. 9, 32.

will, an die Praxis der Rechtsprechung, als vielmehr an das thatsächliche Vorkommen dieses Besitzverlustes zu denken sein.

Die Hauptstütze für Ihering bildet der Ausdruck neglecta custodia; mit diesem wird so operiert, als ob omissa gar nicht daneben stände. Und doch dürfte gerade die omissa custodia die Hauptsache sein. Atque wird nämlich öfters gebraucht, um das gewichtigere Wort hinzuzufügen und auf diese Weise einen ungenauen Ausdruck zu berichtigen. So ist auch hier der genauere Ausdruck omissa custodia. Hierfür spricht zunächst, daß das zweite Mal omissa custodia ohne neglecta gesagt ist; sodann weist uns der ganze Zusammenhang der Stelle darauf hin.

Hat eine bewegliche Sache aufgehört sich in meiner Obhut zu befinden, so wird das allerdings regelmäßig auf Nachlässigkeit beruhen, und deshalb wird diese Nachlässigkeit auch von Papinian besonders hervorgehoben. Das eigentlich Entscheidende für den Besitzesverlust ist aber nicht die Nachlässigkeit, sondern die fehlende Obhut. Wenn mein Fernrohr in's Meer oder in eine tiefe Schlucht fällt, so liegt allemal Besitzesverlust vor, mag mich der Vorwurf der Nachlässigkeit treffen, oder mag mich ein anderer unversehens angestoßen haben, während ich das Fernrohr benutzte. Andererseits kann jemand mit seinen Sachen recht nachlässig umgehen, ohne daß darum Besitzesverlust eintritt. Jemand läßt seine Bücher Jahre lang auf dem Hausboden oder im Keller herumtreiben, oder weiß vielleicht gar nicht einmal anzugeben, in welchem Teile seiner Wohnung sie sich eigentlich befinden: so lange die Bücher nur in seiner Wohnung sind, bleibt er Besitzer, quia praesentia eius sit et tantum cessat interim diligens inquisitio [1]). Wer aus Nachlässigkeit im Walde seine Sache verliert, hört damit noch nicht auf, Besitzer zu sein; es muß hinzukommen Nichtwissen, wo sich die Sache befindet [2]).

Das den Ausschlag gebende Merkmal für den Besitzes-

1) Paul. fr. 3 § 13 A. u. A. P. 41, 2.

2) Pomp. fr. 25 pr. A. u. A. P. 41, 2: perdiderimus, ut ignoremus ubi sit.

verlust ist hier also gar nicht eine geistige Thätigkeit bezw. Unthätigkeit, sondern vielmehr die Beseitigung des körperlichen Verhältnisses. Der Besitz geht in Fällen dieser Art nicht animo, sondern corpore verloren [1]); und deshalb trifft dieser Besitzesverlust Handlungsunfähige gerade so gut wie Handlungsfähige.[2])

Anders kann sich Papinian die Sache gar nicht vorgestellt haben, weil nur unter dieser Voraussetzung seine Begründung innern Halt hat. Die Frage ist: weshalb geht der Besitz des Deponenten und Commodanten verloren, sobald der Depositar bezw. Commodatar für sich besitzen will? Der den Zusammenhang mit dem Folgenden vermittelnde Gedanke müßte nach Ihering die Nachlässigkeit sein; also müßte nach Ihering die Antwort lauten: wegen Nachlässigkeit des Deponenten und Commodanten. Wie kann man es aber jemand als Nachlässigkeit anrechnen, wenn er seine Sachen ausleiht oder in Verwahrung giebt! [3]). Der vermittelnde Gedanke des Papinian ist vielmehr die omissa custodia, und deshalb können wir seine Antwort in folgender Weise umschreiben. Der Besitz des Deponenten und Commodanten geht verloren, weil seine Obhut aufhörte. Denn diese Obhut wurde ja für ihn vom Depositar bezw. Commodatar wahrgenommen, hängt also von deren Willen ab und muß folgeweise aufhören, so bald bei ihnen ein entgegengesetzter Wille eintritt. Das ist bei beweglichen Sachen ja auch sonst der Fall, daß mit Aufhören der Obhut Besitzesverlust eintritt, selbst ohne daß ein anderer diesen Besitz erworben zu haben brauchte.

Die Stelle ist also für Ihering durchaus nicht beweisend, und noch weniger wollen andere Stellen bedeuten. Wenn Nerva in fr. 3 § 13 A. u. A. P. 41, 2 bei beweglichen Sachen die Fortdauer des Besitzes an die custodia knüpft, so spricht

1) So richtig Dernburg, Pand., Bd. 1, § 182, A. 7.

2) A. M. Bekker, Rt. des Bes., S. 240.

3) In dieser Beziehung drückt schon Windscheid a. a. O. seine Verwunderung aus; nur hätte dieser Vorwurf nicht gegen Papinian ausgesprochen, sondern an eine andere Adresse gerichtet werden müssen.

er damit keineswegs aus, daß eine Vernachlässigung, sondern nur, daß ein Nichtvorhandensein der custodia den Verlust des Besitzes nach sich ziehe.

Ebenso willkürlich ist es, post tempus bei Ulp. fr. 13 pr. A. u. A. P. ohne weiteres mit der Vernachlässigung in Verbindung zu bringen. Es hat damit nur gesagt werden sollen, daß zwar kürzeres Abhandenkommen, nicht aber, wenn es längere Zeit dauert, mit dem Begriffe custodia verträglich sei. Aehnlich verhält es sich mit dem diu bei Paul. fr. 3 § 10 eodem.

Die bisherigen Stellen beschäftigten sich mit beweglichen Sachen. Näher berühren uns die Grundstücke. In dieser Beziehung scheint nun schon einigermaßen gegen Ihering zu sprechen, daß die Papinian'sche Begründung im ausgeschriebenen fr. 47 für Grundstücke gar nicht paßt. Gleichwohl glaubt Ihering auch nach dieser Richtung hin seinen Beweis führen zu können. Er beruft sich auf

Diocl. et Max. c. 4 A. et R. P. 7, 32 vom J. 290.

Licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest. si igitur desertam praediorum possessionem non derelinquendi adfectione transacto tempore non coluisti, sed ex metus necessitate culturam eorum distulisti, praeiudicium tibi ex transmissi temporis iniuria generari non potest.

Diese Stelle soll nach Ihering wenigstens mittelbar beweisen, da sie nur für den Fall der Furcht den Nachteil, der sich sonst aus der unterlassenen Cultur ergeben würde, d. h. den Verlust des Besitzes, ausschließe.

Indessen kann Ihering sich schon selber nicht verhehlen, daß auf diese Weise der non derelinquendi adfectio kein Genüge geschieht. In der That ist durch Einschaltung des nur der Inhalt der Stelle gänzlich verdreht worden, indem dadurch ein Beispiel zur Ausnahme gemacht, und dieser Ausnahme wieder eine verkehrte Regel angepaßt wurde. Der Sinn der Stelle ist vielmehr folgender.

Es wird angeknüpft an den Satz, daß der Besitz durch bloßen Willen erhalten werden könne. Der Satz ist, wie wir

noch näher sehen werden[1]), von der späteren Wissenschaft überholt, wonach es genügt, wenn wir ein Grundstück nur nicht in der Absicht verlassen, den Besitz aufzugeben. So wird der überlieferte Satz auch in der vorliegenden Constitution gehandhabt. Hast du dein Grundstück verlassen, sagen die Käufer, nicht in der Absicht, den Besitz aufzugeben, sondern aus Furcht, so bleibst du Besitzer. Die Furcht als solche wird also nicht als ein Verzicht auf den Besitz aufgefaßt, und deshalb soll die transmissi temporis iniuria nichts schaden; sie würde geschadet haben, wenn sich zur Furcht die derelinquendi adfectio gesellt hätte.

So verstanden dürfte die Stelle nicht für, sondern gegen Ihering sprechen. Die Furcht hat keinen Besitzesverlust zur Folge, weil sich mit ihr keine derelinquendi adfectio verbindet. Also müssen andere Umstände, die ebenfalls nicht auf einen Entsagungswillen schließen lassen, als da sind Krankheit, hohes Alter, ja selbst bloße Unlust die gleiche Wirkung haben.

Eine weitere von Ihering angezogene Stelle ist Africanus fr. 40 § 1 A. u. A. 41, 2. Ich werde später auf diese Stelle noch ausführlich eingehen müssen[2]), vorläufig gegen Ihering nur so viel.

Es handelt sich um den Tod eines Pächters. Mit diesem Tode soll für den Verpächter nicht sofort Besitzesverlust eintreten, sondern erst dann „cum dominus possessionem apisci neglexerit."

Zunächst kann man zweifelhaft sein, ob der Besitzesverlust als Strafe der Nachlässigkeit gedacht ist. Der Hauptumstand, welcher für den Besitzesverlust in Betracht kommt, ist der Tod des Pächters. Und wenn mit diesem Tode nicht sofortiger Besitzesverlust eintreten, sondern noch ein wenig gewartet werden soll, so sieht das eher als eine Milderung aus.

Ferner kann eine solche Nachlässigkeit doch nur in Vertretungsfällen vorkommen, und auch hier begegnen wir ihr nur

---

1) Vgl. unten § 26.
2) Vgl. unten § 8.

beim Tode, nicht bei Lebzeiten des Vertreters. Genauer gesprochen: es ist eine Nachlässigkeit, die sich nur bei ruhender Erbschaft geltend machen kann. Eine auf so beschränktem Gebiete auftretende Nachlässigkeit dürfte aber kaum geeignet sein, einen Grundgedanken für das ganze Besitzesrecht abzugeben.

Sodann handelt es sich hier um eine ganz andere Nachlässigkeit, als Ihering sie gebrauchen kann. Nach Ihering verlangt der Jurist vom Besitzer, daß er „nach dem Grundstück sehe, was daraus wird, und entweder einen neuen Pächter daraufsetze oder es selber in Bewirtschaftung nehme." Von alledem steht in der Stelle kein Sterbenswort. Dem apisci neglexerit wäre schon dadurch vorgebeugt, wenn der Besitzer das Grundstück nach dem Tode des Pächters mit seinen Füßen betreten hätte. Was er später damit anfängt, ob er Kohl und Rüben baut, oder es verwildern läßt, ist völlig gleichgültig.

Man kann überhaupt zweifelhaft sein, ob für das, was der betreffende Rechtsgelehrte sagen wollte, der Ausdruck apisci neglexerit ein glücklicher war. Jedenfalls ist noch in derselben Stelle von African eine Berichtigung vorgenommen, die vielleicht ebenfalls einige Beachtung verdienen dürfte.

Selbst folgende Stelle glaubt Ihering für sich verwerten zu können.

Ulp. fr. 15 § 21 de damno inf. 39, 2.

> Non autem statim ubi misit praetor in possessionem, etiam possidere iubet, sed tunc demum, cum iusta causa uidebitur (ergo interuallum aliquod debebit intercedere), quod aut pro derelicto aedes longo silentio dominus uideatur habuisse etc.

Ich fürchte: sie spricht gegen ihn. Daß beim Verfahren wegen cautio damni infecti der Besitz zunächst nicht verloren gehe, sondern erst durch ein zweites Decret übertragen werde, räumt Ihering selber ein. Wäre aber seine Auffassung richtig, so müßte der Besitzesverlust hier schon vorher longo silentio erfolgt sein.

III. So erscheint denn die Ihering'sche Ansicht nach beiden Richtungen hin als unhaltbar, sowohl was die allgemeinen

Gründe als den Quellennachweis betrifft. Da wir aber hier eine festgewurzelte Meinung vor uns haben, und Ihering bei den Sätzen, die er aufstellt, großes Gewicht auf deren praktische Brauchbarkeit zu legen pflegt, mag es mir gestattet sein, die Sache noch einmal von diesem Gesichtspunkte aus zu betrachten.

Ich kann den hier in Frage stehenden Satz nicht einmal vom gesetzgeberischen Standpunkte aus für einen glücklichen praktischen Gedanken halten.

Gehen wir von dem Beispiele aus, das neuerdings Dernburg[1]) bringt. Der in Amerika hausende Besitzer, welcher wegen eines Vergehens aus der Heimat floh, ist lange Zeit nicht in der Lage, sich um sein Grundstück zu kümmern. Wenn er dann später aber wieder zu demselben zurückkehrt, warum soll er eigentlich seinen Besitz verloren haben? Er tritt wieder in sein Grundstück ein, niemand steht ihm im Wege, warum soll ein solcher nicht ruhig fortbesessen haben? Wenn der Erbe einer Burgruine sich darauf beschränkt, beim Erbschaftsantritt derselben einen Besuch abzustatten, sich im übrigen aber sein ganzes Leben lang um dieselbe nicht bekümmert, warum soll dessen Besitz nicht fortgedauert haben? Hat sich inzwischen ein dritter in den Besitz gesetzt, dann liegt die Sache allerdings anders. Aber wenn es an einem solchen Gegner gänzlich fehlt, gleichwohl darüber nachzudenken, in welchem Zeitpunkte die bloße Vernachlässigung den Besitzesverlust verursachen würde, scheint auf eine ziemlich müßige akademische Betrachtung hinauszukommen.

IV. Das Ergebnis war also, daß lange Abwesenheit zwar leeren Besitz, aber keinen Besitzesverlust zur Folge habe.

Damit ist keineswegs gesagt, daß lange Abwesenheit für den Besitzesverlust gänzlich gleichgültig sei. Ihering ist nur über das Ziel hinausgegangen, indem er einen Nebenumstand zur Hauptsache machte.

Durch lange Abwesenheit tritt an und für sich noch kein

---

1) Pandekten, Bd. 1, § 182, Anm. 7.

Besitzesverlust ein, wohl aber dann, wenn Besitzergreifung von Seiten eines dritten hinzukommt. Die Besitzergreifung ist hier die Hauptsache, die lange Abwesenheit ist der begleitende Nebenumstand. Bei einer kurzen Abwesenheit haben die Römer die Besitzergreifung anders behandelt, wie wir später näher sehen werden.

In fr. 40 § 1 A. u. A. P. ist für den Besitzesverlust der Tod die Hauptsache, das apisci neglexerit ein begleitender Nebenumstand. In fr. 15 § 21 de damno inf. ist das zweite Decret die Hauptsache, das longum silentium der Nebenumstand. In fr. 3 § 10 A. u. A. P. ist der Freiheitsproceß die Hauptsache, das diu in libertate morari der Nebenumstand [1]). Aehnlich verhält es sich mit andern von Ihering gebrachten Stellen, und eine Analogie bietet noch dar der Besitzesverlust durch Ueberschwemmung [2]).

B. § 7. Abwesenheit des Vertreters.

Daß kurze Abwesenheit des Vertreters für den Besitzer keinen Besitzesverlust zur Folge habe, scheint wenigstens in der spätern Zeit unter den römischen Rechtsgelehrten gar nicht streitig gewesen zu sein.

Pomp. fr. 31 A. u. A. P. 41, 2.

Si colonus non deserendae possessionis causa exisset de fundo et eo redisset, eundem locatorem possidere placet.

Die Hervorhebung des Umstandes, daß der Pächter fortgegangen sei, nicht um das Grundstück preiszugeben, sondern um wiederzukehren, dürfte aber darauf hindeuten, daß Pomponius für den entgegengesetzten Fall anderer Ansicht war. Jedenfalls findet diese Ansicht ihre Vertreter in

Afric. fr. 40 § 1 eodem.

propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur: quo mortuo non statim dicendum ea(m) interpellari, sed tunc demum,

1) Vgl. über diese Stelle unten § 22.

2) Vgl. unten § 17.

cum dominus possessionem apisci neglexerit. aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit.

Das ait wird auf Julian zu beziehen sein[1]), so daß wir also den Sabinianer Julian, Pomponius, den man ebenfalls den Sabinianern zuzuzählen pflegt, und African als Stellvertreter dieser Ansicht vor uns hätten.

Kindel[2]) hat freilich neuerdings versucht, im wesentlichen in Uebereinstimmung mit Donellus[3]), dem angeführten fr. 40 § 1 einen ganz andern Sinn unterzulegen. Verlasse der Pächter das Grundstück freiwillig, so solle der Besitz noch nicht verloren sein, wenn auch der Verpächter den körperlichen Besitz nicht sofort ergreife. „Der Verpächter braucht gar nicht zu wissen, weshalb der Kolon den Besitz verlassen hat, ob er nicht beabsichtigt, dahin zurückzukehren. Mithin ist der Wille des Verpächters, den Besitz aufzugeben, nicht genügend manifestiert, und Besitzesverlust und Interruption nicht eingetreten."

Diese Erklärung ist indes völlig unmöglich. African geht davon aus, daß der Besitz durch den Pächter erhalten werde. Wie wird es nun beim Tode des Pächters? Man möchte meinen, der Besitz müßte sofort aufhören. Hier soll aber noch etwas gewartet werden. Anders stelle sich die Sache, wenn der Pächter aus eigenem Antriebe das Grundstück verlassen hätte. In diesem Zusammenhange kann aliud nur dahin verstanden werden, daß dann sofortiger Besitzesverlust eintrete.

Indem Kindel im Gegensatz zum apisci neglexerit Besitzesfortdauer annimmt, schafft er eine dritte Möglichkeit, die aus dem Vorhergehenden schlechterdings nicht entnommen werden kann. Zudem widerspricht sie dem Grundgedanken, daß der Besitz durch den Pächter erhalten werde. Mehr als kühn

---

1) Vgl. Cuiacius ad Africanum tract. VII, opera Venetiis 1758, tom. 1, col. 1226

2) Besitzrt., S. 274 fg.

3) Es wird angeführt Comment. de iure ciuili V cap 12 § 13. Sollte dieses Citat richtig sein, so wäre die Uebereinstimmung freilich eine sehr weithergeholte, und Donellus könnte in keiner Weise für die von Kindel versuchte Erklärung verantwortlich gemacht werden.

iſt die Behauptung, daß beim Fortgange des Pächters von einem apisci negligere des Verpächters keine Rede ſein könne. Jedenfalls ſind Wille und Nachläſſigkeit verſchiedene Dinge.

Wenn ferner dem Julian auf Grund von fr. 7 pr. pro empt. 41, 4 eine andere Meinung, als hier angenommen, untergelegt wird, ſo iſt zu bedenken, daß dort Tod des Beſitzers und Uſucapionsbeſitz in Frage ſtehen.

Endlich wäre hinſichtlich der von Kindel herbeigezogenen possessio, quae animo retinetur, zu bemerken: daß ſie in der Stelle nicht vorkommt, und daß keineswegs alle römiſchen Rechtsgelehrten eine derartige Beſitzesfortdauer anerkannten, wie das ſogleich und ſpäter noch näher zu erörtern ſein wird.

Im Gegenſatz zu der von Sabinianern vertretenen Anſicht nahm Proculus Beſitzesfortdauer an, wenn jemand eine Sklavenfamilie beredet hatte, ein Grundſtück zu verlaſſen.

Proculus fr. 31 de dolo malo 4, 3.

> Cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione decedat, possessio quidem non amittitur[1]), sed de dolo malo iudicium in eum competit, si quid damni mihi accesserit.

Daſſelbe behauptete Paulus vom Fortgehen eines Sklaven oder Pächters.

Paul. fr. 3 § 8 A. u. A. P. 41, 2.

> quod si seruus uel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintue, animo retinebo possessionem.

Verſuchen wir es, uns den Sinn und die Bedeutung dieſer Streitfrage klar zu machen.

Das animo retinebo possessionem der letzten Stelle ſcheint in dieſer Beziehung genügende Anhaltspunkte darzubieten. Die Anhänger der entgegengeſetzten Anſicht werden hier ein animo retinere possessionem nicht angenommen haben. Dies könnte vielleicht die Meinung erwecken, als ob Pomponius, Julian und African von einer Fortſetzung des Beſitzes durch

1) Admittitur der Florentina wird Schreibfehler ſein, wie ſolche auch ſonſt vorkommen. Vgl. z. B. fr. 44 § 2 A. u. A. P. 41, 2.

bloßen Willen überhaupt nichts hätten wissen wollen. Das träfe indes jedenfalls für Pomponius nicht zu [1]). Die Sache liegt vielmehr so. Das animo retinere possessionem hat seine Entwicklung gehabt. Ursprünglich beschränkte sich dasselbe auf den postea reuersurus, welcher den Besitz selber körperlich ausübte [2]). Wesentlich verschieden hiervon ist aber der Fall, wo der Besitzer sein Grundstück einem Pächter vielleicht auf viele Jahre einräumte. Hier hatte man den andern Satz, daß der Besitz durch körperliche Ausübung von Seiten des Pächters dem alten Besitzer erhalten werde. Hier ist ein animo retinere possessionem des Besitzers zunächst nicht angenommen: zunächst begnügte man sich mit dem postea reuersurus im oben angegebenen Sinne. Darunter haben wir einen Besitzer zu verstehen, der in seine alte Wohnung wieder zurückkehren will; nicht aber jemand, der sein Grundstück auf Jahre lang verpachtet. Zwar konnte sich die Entwicklung leicht machen, daß man beim Vertreter des Besitzers ebenfalls den Rückkehrwillen berücksichtigte, in derselben Weise wie bei einem Besitzer, und dieser Satz ist von Pomponius aufgestellt worden. Damit war man aber noch sehr weit von einer Fortsetzung des Besitzes für den Fall entfernt, wo der Vertreter fortgegangen war, um nicht wiederzukehren. Hier mußte man wieder auf den animus des Besitzers zurückgreifen und denselben in einer wesentlich verflüchtigten Gestalt zur Anwendung bringen: in ganz anderer Weise, als man ihn sich ursprünglich vorgestellt hatte. Diese Entwicklung ist es, welche sich bei Pomponius, African und Julian noch nicht vollzogen hat. Ich werde auf die Sache wieder zurückkommen müssen [3]).

In die hier erörterte Streitfrage sehen wir nun Justinian eingreifen durch seine

c. 12 pr. A. et R. P. 7, 32.

Ex libris Sabinianis quaestionem in diuinas nostri numinis aures relatam tollentes definimus, ut, siue

1) fr. 25 § 2 A. u. A. P. 41, 2.

2) Gai. 4, 153, und dazu unten § 25.

3) Siehe unten § 25 a. E.

seruus siue procurator uel colonus uel inquilinus uel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscumque rei eam (clam?) dereliquerit uel alii prodiderit, desidia forte uel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicium generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, sed et ipse, si liberae condicionis est, competentibus actionibus subiugetur, omni iactura ab eo restituenda domino rei uel ei, circa quem neglegenter uel dolose uersatus est.

Was zunächſt das Anwendungsgebiet dieſer Conſtitution in ſachlicher Beziehung anbetrifft, ſo ſind die Worte possessionem cuiuscumque rei ſowohl auf bewegliche wie unbewegliche Sachen bezogen worden[1]). Aber nötig iſt dieſe Auslegung keineswegs. Res wird auch ſonſt von Grundſtücken geſagt[2]); und der hier gebrauchten Ausdrucksweiſe läßt ſich zur Seite ſtellen possessionem alicuius rei in fr. 52 § 2 A. u. A. P. 41, 2, wo der Zuſammenhang gebieteriſch ein Grundſtück fordert[3]). Bedenkt man nun, daß die Thätigkeit, welche hier in Frage ſteht, auf bewegliche Sachen gar nicht recht paſſen will — denn wer einen andern um den Beſitz einer beweglichen Sache zu bringen beabſichtigt, braucht ſie ja nur wegzuwerfen —; bedenkt man ferner, daß die Streitfrage, um die es ſich hier handelt, nur Grundſtücke betraf, und daß der Vertreter, ſofern er näher bezeichnet worden, uns teilweiſe ausſchließlich auf Grundſtücke hinweiſt — colonus, inquilinus —: ſo möchte die Meinung den Vorzug verdienen, daß auch Juſtinian nur Grundſtücke im Sinne hatte.

In Bezug auf den Beſitz beſtimmt Juſtinian: die Handlung des Vertreters ſoll dem Vertretenen nicht präjudizierlich ſein, ut . . nihil penitus domino praeiudicium generetur. Dabei iſt natürlich nicht an einen Vorprozeß oder Vorbeſcheid im eigentlichen Sinne zu denken; praeiudicium hat hier die

1) Vgl. z. B. Savigny, Rt. des Beſ.[7] S. 375.
2) c. 3 A. et R. P. 7, 32 und dazu oben § 1 S. 13.
3) Vgl. oben § 1 S. 11.

allgemeinere Bedeutung von Nachteil[1]). Justinian hat sagen wollen: der Vertretene soll seines Besitzes nicht verlustig gehen — und entscheidet sich somit für Proculus und Paulus.

Meischeider[2]) glaubt freilich die betreffenden Worte „nicht bloß auf die factische Entfernung und das Platzmachen des Repräsentanten, sondern auch auf das Eintreten des dritten in den locus apertus erstrecken" zu müssen. Indessen die Worte nötigen keineswegs zu dieser Auslegung. Außerdem spricht gegen die Annahme eines so bedenklichen Satzes, daß sich die Streitfrage gar nicht auf das Eintreten eines dritten bezog[3]).

Vom Verhalten des Vertreters heißt es dereliquerit uel alii prodiderit. Derelinquere heißt allgemein verlassen[4]), an die technische Dereliction ist dabei nicht zu denken. Es bildet hier den Gegensatz zum alii prodere, ist also ein Verlassen, ohne daß der Vorteil einer bestimmten Person dabei ins Auge gefaßt wäre.

Statt eam vor dereliquerit, welches kaum einen Sinn giebt, ist vielleicht clam zu lesen, das jedenfalls sehr gut in den Zusammenhang passen würde: heimliches Verlassen im Gegensatz zum Verraten.

Die Schadensersatzverbindlichkeit wird von Justinian für den Fall in's Auge gefaßt, wenn der Vertreter ein Freier war und nachlässig oder arglistig handelte. Hier wird nicht bloß der Eigentümer, sondern überhaupt der Mitcontrahent berücksichtigt, z. B. der Pächter, der wieder verpachtet hat. Erstattet werden soll aller und jeder Verlust, omni iactura ab eo restituenda: in dieser Beziehung käme also auch in Betracht, wenn ein dritter heimlich Besitz ergriffen und Schaden zugefügt hätte.

Während Nachlässigkeit und Arglist beim Schadensersatzanspruch als eine notwendige Voraussetzung auftreten, wird

1) Vgl. c. 4 A. et R. P. 7, 32.

2) Besitz, S. 351.

3) Vgl. Vangerow, Pand. Bd. 1[7], § 209, S. 381; Bruns, Besitzklagen S. 110 fg.

4) Vgl. fr. 15 § 21 de damno inf. 39, 2.

beides neben dem dereliquerit uel alii prodiderit nur beispielsweise genannt: desidia forte uel dolo. Das scheint nicht auf Zufall zu beruhen. Beim prodere ist allerdings die Arglist begrifflich gegeben. Aber ein derelinquere ist doch denkbar, ohne daß dem Vertreter irgend welcher Vorwurf zu machen wäre: Krieg oder socialistische Umtriebe haben ihn vielleicht dazu genötigt.

Eine Ersatzverbindlichkeit können wir hier allerdings nicht annehmen, eine Besitzesfortdauer in der Person des Vertretenen aber um so sicherer, als selbst Arglist und Nachlässigkeit des Vertreters derselben nicht im Wege stehen.

Dernburg[1]) glaubt die Worte „uel alii prodiderit" für die Ansicht verwerten zu können, daß der alte Besitz selbst dann fortdaure, wenn sich ein dritter der Sache bemächtigt hätte: weil sie sonst bedeutungsloser Pleonasmus wären. Kann man aber da schon von Pleonasmus sprechen, wo nur eine weitere Zergliederung des Thatbestandes vorgenommen wird, die noch dazu nicht einmal vollständig ist? Und dürfen wir auf Justinian'schen Pleonasmus überhaupt Folgerungen von solcher Tragweite bauen?

So hätten wir denn den Satz: Verlassen des Grundstückes von Seiten des Vertreters hat für den Vertretenen keinen Besitzesverlust zur Folge.

Der so entstehende Besitz wird zwar in den Quellen nicht ausdrücklich uacua possessio genannt; es sind aber alle Merkmale desselben vorhanden: leeres Grundstück und Möglichkeit gewaltfreier Besitzergreifung.

Dabei müssen wir allerdings die kurze Abwesenheit ausscheiden, also wenn der Vertreter fortgegangen ist, um wiederzukehren. Die kurze Anwesenheit ist überhaupt von den Römern selbständigen Regeln unterworfen worden.

Die bisherigen Ergebnisse können wir demnach auch so wiedergeben: leerer Besitz entsteht durch lange Abwesenheit des Besitzers oder seines Vertreters, aber Besitzesverlust hat diese lange Abwesenheit nicht zur Folge.

1) Pandekten, Bd. 1, § 183, Anm. 6.

II. § 8. Tod des Vertreters.

Man möchte meinen, daß beim Tode des Vertreters sich derselbe Gegensatz in den Ansichten der römischen Rechtsgelehrten wiederholt hätte, den wir soeben bei der Abwesenheit kennen gelernt haben. Gleichwohl ist die Entwicklung eine etwas andere gewesen. Vielleicht daß die Bedürfnisse des Lebens hier schon früher auf eine Besitzesfortdauer hindrängten.

Zunächst kommt in Betracht

Labeo fr. 60 § 1 Loc. Cond. 19, 2.

Heredem coloni, quamuis colonus non est, nihilominus domino possidere existimo.

Der Erbe des Pächters soll ohne weiteres für den Verpächter besitzen, selbst wenn er gar nicht in das Pachtverhältnis eintrat, dieses also mit dem Tode des Pächters aufhörte [1]). Da ließen sich wohl manche theoretische Bedenken erheben, aber die Ansicht hat das existimo des Labeo für sich.

Ferner wolle man bedenken, daß auch darauf keine Rücksicht genommen wird, ob der Erbe des Pächters Detentor geworden war. Auf diesen Punkt werde ich noch in einem andern Zusammenhange wieder zurückkommen müssen.

Labeo spricht allgemein vom Erben, ohne zu unterscheiden, ob er es von selber wurde, oder ob er einer Antretungshandlung bedurfte. Wir werden hier also ebenfalls nicht unterscheiden wollen. Wenn aber der Erbe unter allen Umständen den Besitz für den Verpächter ausüben soll, so liegt es nahe, den Besitz auch während ruhender Erbschaft fortdauern zu lassen. Jedenfalls findet diese Ansicht ihren Vertreter in

---

1) Wir haben uns die Sache so vorzustellen, daß der Pachtvertrag nur für die Lebenszeit des Pächters abgeschlossen war. Degenkolb, Platzrecht, S. 202, Anm. 1, folgert aus dieser Stelle, daß die Miete ursprünglich gar nicht auf die Erben des Mieters überging. Das geht aus dieser Stelle für die Zeit Labeo's jedenfalls nicht hervor. Denn quamuis trotz des daneben stehenden Indicativs deutet nur die eine Möglichkeit an und läßt daneben die andere offen.

Pomp. fr. 25 § 1 A. u. A. P. 41, 2.

Et per colonos et inquilinos [aut seruos nostros] [1]) possidemus: et si moriantur aut furere incipiant aut alii locent, intellegimur nos retinere possessionem.

Also wenn der Pächter stirbt, bleibt gleichwohl der Verpächter Besitzer: mag nun ein Erbe da sein oder nicht. Nach Gründen für diesen Rechtssatz sehen wir uns freilich ebenso wie bei Labeo vergeblich um: es wird so angenommen, intellegimur.

In diese Frage greift nun auch ein folgende, bereits mehrfach angezogene Stelle.

Africanus libro septimo quaestionum fr. 40 § 1 A. u. A. P. 41, 2.

Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset.

Propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur: quo mortuo non statim dicendum ea(m) interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit. aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit.

Sed haec ita esse uera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit.

Die Stelle ist den Quästionen des African entnommen. Darunter haben wir ein Sammelwerk von Rechtsfällen zu verstehen, über die disputiert war [2]). Solche Sammelwerke werden die Disputationen bald mehr bald weniger umgearbeitet wiedergegeben haben. Bei einer solchen Disputation warf Jemand die Frage auf:

si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset?

Die Frage erscheint in etwas abgerissener Form, wir

1) Die eingeklammerten Worte hält Mommsen für eine spätere Glosse, vermutlich wegen des folgenden nec inter colonum et seruum nostrum etc.

2) Siehe Bremer, Rechtslehrer, S. 27.

haben darum aber doch wohl nicht nötig, hinter decessisset mit Mommsen „quid iuris sit uideamus et“ einzuschieben.

Wir erhalten auf die Frage zwei Antworten, die ich in verschiedener Weise eingerückt habe. In ähnlicher Weise mögen diese Antworten auch ursprünglich äußerlich hervorgetreten sein, da die zweite Antwort an das unmittelbar Vorhergehende gar nicht anschließt [1]). Daß man mit den notae von Ulpian und Paulus zu Papinian's responsa so verfuhr, ersehen wir jetzt aus den Berliner [2]) und Pariser [3]) Fragmenten. Und hier liegt ja ein ganz ähnlicher Fall vor.

Die letztere Antwort wird von African, die erstere vermutlich von Julian [4]) herrühren.

Julian, oder wer nun der Urheber der ersteren Antwort sein möge, setzt mit dem Satze ein: aus Nützlichkeitsgründen sei angenommen, daß der Besitz vom Pächter erhalten und zusammengehalten werde. Wir haben nicht nötig, contineretur in continuaretur umzuwandeln. Der Gedanke des Fortsetzens liegt schon im retinere. Continere weist darauf hin, daß die Allgegenwart von einem Pächter ebensowenig wie vom Besitzer selber verlangt wird [5]).

Dieses Erhalten und Zusammenhalten des Besitzes soll nach dem Tode des Pächters nicht sofort aufhören, sondern erst dann, wenn der Eigentümer in Ergreifung des Besitzes nachlässig gewesen. Beim possessionem apisci ist selbstverständlich nicht an technischen, sondern nur natürlichen Besitz zu

---

1) Dies hebt schon hervor Voorda, Electorum, cap. VI, p. 74. Traiecti ad Rhenum 1749.

2) Siehe Paul Krüger in der Ztschr. für Rtsgesch. Bd. 15, röm. Abt. S. 83—90.

3) Siehe denselben in derf. Ztschr. Bd. 18, röm. Abt. S. 169. „Die notae von Ulpian und Paulus sind unter die betreffenden responsa gesetzt und ihnen in roter Schrift und auf den Rand ausgerückt der Name des adnotator mit großem Anfangsbuchstaben voraufgeschickt, während der Anfang der responsa zwar ebenso ausgerückt, aber schwarz geschrieben ist.“

4) Vgl. oben § 7 S. 36 Anm. 1.

5) Vgl. Celsus fr. 18 § 3 A. u. A. P. 41, 2.

denken. Daß die Ausdrucksweise mit Kohl- und Rübenbau nichts zu thun hat, davon war schon früher die Rede [1]).

Die Nachlässigkeit kann sich nur auf die Zeit der ruhenden Erbschaft beziehen. Denn sobald ein Erbe vorhanden, übt dieser ja für den Eigentümer den Besitz aus. Dies war wenigstens die Ansicht von Labeo. Daß Julian in dieser Beziehung anderer Meinung gewesen sein sollte, dafür fehlt es an allem Anhalt; auch wird eines Erben in der Stelle ja gar nicht gedacht.

So hätten wir denn Besitzesverlust während ruhender Erbschaft durch Nachlässigkeit des Eigentümers in Ergreifung der Detention. Das scheint ein einfacher Gedanke zu sein, und doch kann man zweifelhaft werden, was Julian sich dabei gedacht haben mag. Setzen wir folgende Fälle.

Der Eigentümer hat sich während ruhender Erbschaft um das Grundstück gar nicht gekümmert, nachher wird die Erbschaft angetreten, soll hier der Besitz in der Zwischenzeit verloren gewesen sein? Was hätte das eigentlich für einen Zweck?

Der Eigentümer wartet Monate lang, nachdem er den Tod seines Pächters erfahren, bevor er sich zum Grundstück begiebt. Er findet dasselbe in einem verwilderten Zustande vor, niemand hat sich in der Zwischenzeit um dasselbe bekümmert, aber auch niemand Besitz ergriffen. Kann man hier eigentlich von einem apisci negligere sprechen? Niemand ist ihm ja zuvorgekommen. Und kommt der nicht immer noch zur rechten Zeit, der früher kommt, als alle anderen? Hat am Ende Julian mit diesem apisci negligere gar nur ausdrücken wollen, daß ihm niemand zuvorkommen dürfe?

Der Eigentümer erfährt den Tod des Pächters gar nicht. In der Zwischenzeit ergreift jemand vom Grundstücke Besitz. Soll dessen Besitzergreifung nun bedeutungslos sein, weil dem Eigentümer keine Nachlässigkeit vorgeworfen werden kann?

Halten wir uns diese Möglichkeiten vor Augen, so gewinnt es fast den Anschein, als ob Julian in der Wahl des

1) Siehe oben § 6 S. 33.

Ausdrucks für das, was er sagen wollte, nicht gerade glücklich gewesen sei. Jedenfalls hat sein Ausspruch eine Berichtigung erfahren, und dazu gehe ich jetzt über.

Daß die Antwort des African an das unmittelbar Vorhergehende nicht angeschlossen werden kann, davon war schon die Rede. Wir müssen diesen Anschluß also erst noch suchen.

Das Nächstliegende wäre vielleicht, wenn wir den letzten Satz überspränge und so verbänden:

> quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit; sed haec ita esse uera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit.

Das gäbe folgenden Gedanken. Daß der Besitz des Eigentümers während ruhender Erbschaft durch dessen Nachlässigkeit aufhört, ist nur unter der Voraussetzung richtig, wenn niemand inzwischen Besitz ergriffen hat. Also dritten gegenüber käme auf Nachlässigkeit gar nichts an. Mithin käme diese Nachlässigkeit nur dem Erben gegenüber in Betracht. Vom Erben wissen wir ja aber, daß er für den Eigentümer Besitz ausübt, sobald er angetreten hat. Man sieht also gar nicht ein, was ein inzwischen eingetretener Besitzesverlust eigentlich zu bedeuten hätte. Der Gedanke, zu dem wir auf diese Weise gelangen, scheint also ein kaum erträglicher zu sein.

Ein weit natürlicherer Gegensatz zu der Ausnahme „si nemo extraneus eam rem interim possederit“ wäre offenbar Besitzesfortdauer. Zu diesem Gegensatze gelangen wir, wenn wir die Antwort des African nicht als Einschränkung des apisci neglexerit auffassen, sondern ganz an die Stelle der Julian'schen Einschränkung setzen. Das sed haec ita esse uera des African soll an die Stelle des Julian'schen sed tunc demum treten. Diese Verbindung hat schon, rein äußerlich betrachtet, etwas Bestechendes: das sed des African soll das sed des Julian ablösen. Andererseits gelangen wir zu einem Gedanken, der nicht bloß an sich schon anspricht, dem auch

die Analogie zur Seite steht. Die Meinung African's ginge dann dahin.

Nach dem Tode des Pächters hört nicht sofort der Besitz des Eigentümers auf. Dies ist unter der Voraussetzung wahr, wenn inzwischen niemand den Besitz der Sache ergriffen hat, sondern sie immer in der Erbschaft des Pächters verblieben ist. Vielleicht hat Julian, wie ich schon bemerkte, mit dem apisci neglexerit gar nichts anderes sagen wollen.

Darnach wäre denn die Detention des Pächters in ähnlicher Weise behandelt worden wie der Ersitzungsbesitz. Trotz des Todes dauert die Detention fort, und in Folge dessen der Besitz des Eigentümers; ebenso wie der Ersitzungsbesitz durch den Tod des Besitzers keine Unterbrechung leidet. Wenn aber während ruhender Erbschaft ein dritter von der Sache Besitz ergreift, so hört die Detention auf, ebenso wie der Ersitzungsbesitz [1]).

Zu beachten ist endlich noch der Ausdruck extraneus in der Antwort des African. Der zur Erbschaft Berufene kann während ruhender Erbschaft für sich gar keinen Besitz ergreifen. Eine Besitzergreifung von dessen Seite würde kaum anders als pro herede gestio aufzufassen sein; denn auch einem solchen Erben gegenüber käme in Betracht, was dem Erblasser gegenüber galt: ipsum sibi causam possessionis mutare non posse [2]).

Den Aussprüchen römischer Rechtsgelehrten, die wir bisher erörterten, steht auch hier wieder gegenüber

Paul. fr. 3 § 8 A. u. A. P. 41. 2.

Quod si seruus uel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintue animo retinebo possessionem.

In dieser Stelle tritt uns eine ganz andere Auffassung entgegen. Das corpore possidere ist abgethan durch den Tod,

1) Pomp. fr. 6 § 2 pro emptore 41, 4: sed ita hoc, si nemo eum possedisset. Iauol. fr. 20 de usurp. 41, 3: si medio tempore a nullo possessa sunt.

2) Iulianus fr. 33 § 1 de usurp. 41, 3.

der reine Willensbesitz macht sich aber geltend und übernimmt die Fortführung des Besitzes. Labeo faßte den Erben des Pächters ohne weiteres als einen Detentor auf, der für den Eigentümer besitze: domino possidere existimo. Die Ansicht der drei andern können wir scharf zugespitzt so wiedergeben: auch beim Tode des Pächters und bei ruhender Erbschaft dauert die Detention für den Besitzer fort.

Der Gegensatz, um den es sich hier handelt, wäre demnach dieser. Labeo, Pomponius, Julian und African faßten den leeren Besitz, der durch Tod des Pächters entsteht, auf als leeren Besitz von Todes wegen; Paulus hingegen als leeren Besitz bei Lebzeiten. Die Ansicht des Paulus verdient vom Standpunkte der späteren Entwicklung aus den Vorzug, und dieser bin auch ich gefolgt, indem ich den Tod des Vertreters hier erörterte.

Wir wollen den vier Paulus gegenüberstehenden Rechtsgelehrten unsere Anerkennung nicht versagen, daß sie die Bedürfnisse des Lebens berücksichtigten und sich in einem gewissen Umfange über den Satz hinwegsetzten: der Besitz des Eigentümers wird durch den Pächter erhalten und zusammengehalten. Aber der reinen Theorie haben sie nicht Genüge geleistet. Wenn Labeo den Erben des Pächters, selbst wo das Pachtverhältnis gar nicht auf die Erben übergeht, ohne weiteres als einen Detentor behandelt, der für den Eigentümer Besitz ausübe, so ist das einfach eine Fiction. Wenn Pomponius noch in dem todten Pächter, Julian und African in der ruhenden Erbschaft Detentoren erblicken, so sind das einfache Fictionen [1]). Fictionen sind Notlügen der Wissenschaft, die sich da einstellen, wo die Theorie noch im unklaren liegt. Die Aufgabe der Wissenschaft ist es, durch einfache und wahre Gedanken das vielgestaltige Leben zu beherrschen. Diese wissenschaftliche That sehen wir hier Paulus vollbringen. Paulus bringt beim Tode des Pächters den Satz zur Anwendung, daß der Besitz durch bloßen Willen des Besitzers erhalten werden könne. Dies war

1) Vgl. Bekker, Rt. des Bes. S. 222, Anm. 2.

Paulus möglich, da bei ihm der hier in Betracht kommende Wille sich bereits sehr verflüchtigt hatte [1]). Damit hat er aber alle Schwierigkeiten gehoben, jetzt brauchen wir uns weder um den Erben, noch um die ruhende Erbschaft mehr zu kümmern.

Daß die Compilatoren beiderlei Auffassungen wiedergegeben haben, darum wollen wir sie nicht tadeln, zumal es sich um einen rein theoretischen Gegensatz handelt, der bei Entscheidung praktischer Fälle kaum zu verschiedenen Ergebnissen führen dürfte. Denn daß der Besitz fortdauert bei Vorhandensein eines Erben und bei ruhender Erbschaft, dahin gelangen wir auch vom Standpunkte des Paulus aus; und ebenso werden wir den Willensbesitz nicht fortdauern lassen wollen, wenn inzwischen ein dritter Besitz von der Sache ergriffen haben sollte.

III. Besitzesverlust.

A. Unfreiwilliges Verlassen.

AA. Gewaltthätige Vertreibung.

1. Des Besitzers.

a. § 9. Vertreibung durch physische Gewalt.

Der Begriff gewaltthätige Vertreibung wird seinen Ausgangspunkt von dem Falle genommen haben, wo ein auf seinem Grundstücke anwesender Besitzer von dort durch physische Gewalt vertrieben wurde. Darauf weisen schon die Kunstausdrücke hin: deicere, eicere [2]), detrudere [3]). In diesem Falle entsteht zwar dem Vertreibenden gegenüber kein leerer Besitz; sollte aber der Vertreibende sich auf die Vertreibung beschränkt und die Besitzergreifung unterlassen haben, dann würde dritten gegenüber leerer Besitz vorhanden sein. Hiervon war schon die Rede [4]).

1) Siehe unten § 26.
2) Lex agraria, lin. 18.
3) Cic. pro Caecina c. 17 § 49.
4) Vgl. fr. 4 § 22 de usurp. 41, 3 und dazu oben § 3 S. 19 flg.

Anlangend die Frage, wann die gewaltthätige Vertreibung vollendet, so wäre hervorzuheben, daß alles auf den Ausgang des Kampfes ankommt, die einzelnen Wechselfälle also nicht entscheidend sind. Wenn ein Besitzer zunächst im Kampfe zwar unterliegt und vom Grundstücke weichen muß, es ihm aber sofort gelingt, den Angreifer wieder zu verjagen, sei es allein oder mit Hülfe anderer: so hat ein solcher Besitzer seinen Besitz nie verloren gehabt [1]).

b. Vertreibung durch Furchterregung.

aa. § 10. Die Auffassung der Römer.

I. Arten der Furchterregung.

Die Furcht kann erregt werden auf dem Grundstücke oder aus der Ferne; die dabei angewendete Gewalt kann eine qualifizierte oder einfache sein.

A. Furchterregung auf dem Grundstück.

Die Furchterregung kann einmal in der Weise vorkommen, daß der Besitzer erst die Flucht ergreift, nachdem der Angreifer bereits sein Grundstück betreten hat. Dieser Fall bietet keine besonderen Schwierigkeiten dar, wird auch beim Interdictum de ui gar nicht hervorgehoben, wenngleich seiner bei der actio quod metus causa Erwähnung geschieht [2]).

B. Furchterregung aus der Ferne.

1. Erörterung der einzelnen Fälle.

Sodann kann die Furchterregung ihre Wirkungen schon äußern, während der Angreifer noch in der Ferne sich befindet. Diese Fälle haben den römischen Rechtsgelehrten Schwierigkeiten bereitet und verschiedene Ansichten hervorgerufen. Auch heutzutage sind hier Schwierigkeiten zu überwinden und verschiedene Ansichten laut geworden, die freilich in erster Linie den Inhalt der Quellen zum Gegenstand haben.

1) Vgl. fr. 3 § 9, fr. 17 de ui 43, 16 und dazu Bruns, Besitzklagen, S. 153, 154.

2) fr. 9 pr. Q. M. C. 4, 2: aliter atque si, posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi: huic enim edicto locum facere.

Diesen Quellen müssen wir jetzt näher treten, und zwar werde ich eine Scheidung vornehmen. Ich möchte nämlich glauben, daß trotz Verschmelzung der beiden Interdicte de ui und de ui armata, welche sich im Justinian'schen Gesetzbuche vollzogen hat, sich hier noch ein Unterschied zwischen einfacher und qualifizierter, insonderheit bewaffneter Gewalt erkennen lasse: es will mir vorkommen, als ob sich die Furchterregung bei bewaffneter Gewalt leichter und sicherer Bahn gebrochen hätte, wie bei einfacher Gewalt. Scheiden wir also hiernach die Quellenstellen.

a) Einfache Gewalt.

Von Labeo haben wir folgenden Ausspruch

Ulp. fr. 1 § 29 de ui 43, 16.

Idem Labeo ait eum, qui metu turbae perterritus fugerit, (ui) uideri deiectum.

Die Stelle bezieht sich auf einfache Gewalt. Das Interdictum de ui armata hatte zur Voraussetzung, daß die Vertreibung hominibus coactis armatisue stattgefunden [1]). Hominibus coactis ist so zu verstehen, daß der Angreifer die Leute zusammengebracht. Die turba bildet zu diesen homines coacti einen ganz bestimmten Gegensatz: ein Haufe kann sich zusammenfinden, ohne daß es dazu eines bestimmten Anführers bedarf [2]).

Labeo nahm also an, daß Fliehen vor einem Haufen zur Vertreibung hinreiche. Es ist dies ein Fall einfacher Gewalt, aber ein solcher, welcher der qualifizierten Gewalt schon sehr nahe kam. Weiter wird Labeo nicht gegangen sein.

In welcher Weise sich nun von hier aus die Sache weiter entwickelt hat, hängt hauptsächlich davon ab: wie wir die Fort-

1) Lenel, Edictum. S. 375.

2) Ulp. fr. 4 § 6 Vi bon. rapt. et de turba 47, 8. eritque haec differentia inter hoc edictum et superius, quod ibi de eo damno praetor loquitur, quod dolo malo hominibus coactis datum est — —: at hic de eo damno, quod dolo malo in turba datum est, etiamsi non ipse turbam coegit, etc.

setzung der in Frage stehenden Stelle lesen und verstehen wollen. Vor allen Dingen ist es ein Wort, das im nachstehenden Texte Schwierigkeiten macht.

> Sed Pomponius ait uim sine corporali ui locum non habere. ego (ergo) etiam eum, qui fugatus est superuenientibus quibusdam, si illi ui occupauerunt possessionem, uideri ui deiectum.

Ego ist die Lesart der Florentiner Handschrift; ergo hat namentlich das Scholion ὁ αὐτός [1]) aus dem index des Dorotheus, entstanden bald nach 542[2]), für sich, wo es heißt οὐκοῦν καὶ οὗτος.

Mommsen giebt ergo den Vorzug; versuchen wir es also zunächst einmal mit dieser Lesart.

Pomponius bemerkt im Gegensatz zu Labeo, daß eine uis ohne corporalis uis nicht möglich sei; also gelte auch für vertrieben, wer vor einzelnen wenigen geflohen sei, wenn diese das Grundstück gewaltsam besetzten.

Unter dieser Voraussetzung würde der ganze Gedanke von Pomponius herrühren. Ferner müßten wir annehmen, um das „also" zu rechtfertigen, daß „si illi ui occupauerunt possessionem" eine Umschreibung von corporalis uis wäre: denn sonst würde es am Mittelbegriff, dem terminus medius, fehlen. Selbst dann möchte aber der Schluß noch nicht als zutreffend erscheinen: weil daraus, daß einem ganzen Haufen eine bestimmte Wirkung beigelegt wird, noch nichts für einzelne wenige folgt. Gerade umgekehrt müßte der Schluß lauten. Wenn es wahr ist, daß die Flucht vor einzelnen wenigen unter den Begriff Vertreibung fällt, sofern diese einzelnen wenigen das Grundstück besetzen; so muß es auch eine Vertreibung sein, wenn die Flucht vor einem ganzen Haufen ergriffen wird, und dieser das Grundstück besetzt. Das ergo würde also keinen richtigen Schluß, sondern einen Fehlschluß einleiten.

---

1) Bas. 60, 17 § 1, bei Heimbach, tom. 5, pag. 578.
2) Heimbach, Prolegomena, pag. 36.

Prüfen wir dann einmal die Möglichkeit des Mittelbegriffes vom sprachlichen Standpunkte aus. Corporalis uis würde auf diese Weise eine uis sein, die sich des Grundstückes bemächtigte. Kann corporalis uis diese Bedeutung überhaupt haben? Näher liegt es jedenfalls, dabei an eine Gewalt zu denken, die sich am Körper des Gegners versucht. Auf diese Weise bekämen wir zugleich einen reineren Gegensatz: Labeo begnügte sich mit psychischer Gewalt, Pomponius verlangte physische. Und für denselben Gegensatz finden wir schon bei Cicero [1]) ganz ähnliche Redewendungen.

Lesen wir dagegen ego, so können wir die corporalis uis in ihrer natürlichen Bedeutung nehmen; und deshalb dürfte diese Lesart doch wohl den Vorzug verdienen. Der Sinn unserer Stelle wäre darnach dieser.

Nach Labeo ist Flucht vor einem Haufen Vertreibung, Pomponius dagegen verlangt physische Gewalt. Mit dem ego setzt dann Ulpian ein. Nach Ulpian genügt zur Vertreibung, selbst wenn einige wenige die Furcht erregt haben, vorausgesetzt jedoch, daß sie vom Grundstücke gewaltsam Besitz ergreifen. Ulpian stellt sich also auf die Seite des Labeo. Denn wenn die Furcht, welche einige wenige erregen, ausreicht, muß dies um so mehr von einem Haufen gelten. Ulpian knüpft aber bei den einzelnen wenigen die Vertreibung noch an eine erschwerende Bedingung: sie müssen vom Grundstücke wirklich Besitz ergreifen. Dies scheint eine Besonderheit dieses Falles sein zu sollen; darnach dürften wir also diese Erschwerung auf den Haufen nicht übertragen.

Auch Paulus [2]) ist vielleicht, was die Vertreibung durch einen Haufen anbetrifft, mit Labeo einerlei Meinung gewesen.

---

1) pro Caecina 15, 42. Etenim, recuperatores, non ea sola uis est, quae ad corpus nostrum uitamque peruenit, sed etiam multo maior ea, quae periculo mortis iniecto formidine animum perterritum loco saepe et certo de statu demouet.

2) Sent. 5, 6 § 4 oppressu multitudinis. Vgl. dazu unten S. 56.

Andere Schriftsteller haben sich mit der corporalis uis in anderer Weise abgefunden.

Savigny[1]) und Keller[2]) nehmen uis corporalis für gleichbedeutend mit uis atrox. Letzterer drückt sich so aus:

„quae adeo possessoris siue corpus siue animum commouet, ut possessionem retinere non possit, eamque siue detrusus siue deterritus relinquere cogatur."

Wie kann aber der Ausdruck corporalis gleichzeitig den animus umfassen!

Meischeider[3]) versteht darunter eine Gewalt,

„bei der die Absicht dahin geht, daß Körper gegen Körper zu stehen kommt, wenn es der Gegner darauf ankommen lassen will."

Auf diese Weise würde ja aber die corporalis uis sich vollständig auf die Gedankenwelt des Angreifers zurückziehen, und wir erhielten für einen rein geistigen Vorgang einen ganz körperhaften Ausdruck.

Auch Criminalisten haben sich mit dieser corporalis uis beschäftigt, z. B. Wächter[4]) und John[5]). Während sich Wächter an Savigny anlehnt, operiert John mit diesem Begriffe in anderer Weise, aber nicht gerade glücklich.

b. Qualifizierte Gewalt.

Nach Cicero genügte für die uis beim Interdictum de ui armata, wenn der Fliehende durch den Anblick von Bewaffneten in Furcht gesetzt war. Dies wird zwar nicht ohne weiteres bewiesen durch

Cic. pro Caecina 16, 45.

cum ad uim faciundam ueniretur, si quos armatos quamuis procul conspexissent.

---

1) Recht des Besitzes[7] S. 428 Anm. 4.
2) Semestr. lib. I pag. 316.
3) Besitz S. 457.
4) Neues Archiv des Crimrts, Bd. 11 S. 639.
5) Archiv des Crimrts N. F. 1854, S. 66 flg.

denn die Stelle bezieht sich auf das Interdictum uti possidetis [1]). Wohl aber spricht hierfür

Cic. pro Caec. 17, 49.

Quid? si fuisset (in eo loco, unde se deiectum esse dicit) et ex eo loco, metu permotus, fugisset, cum armatos uidisset, diceresue esse deiectum?

Nach Labeo lag keine gewaltthätige Vertreibung vor, wenn der Besitzer sein Grundstück verließ, weil er gehört hatte, daß jemand mit Waffen käme.

Ulp. fr. 9 pr. Q. M. C. 4, 2.

denique tractat (Pomponius), si fundum meum dereliquero audito, quod quis cum armis ueniret, an huic edicto locus sit? et refert Labeonem existimare edicto locum non esse et unde ui interdictum cessare, quoniam non uideor ui deiectus, qui deici non expectaui sed profugi.

Möglicherweise dachte aber Labeo in dem Falle, wo der Besitzer Bewaffnete gesehen hatte, gerade so wie Cicero. Denn welchen Sinn hätte es sonst gehabt, besonders hervorzuheben, daß bloße Kunde vom Hörensagen zur Vertreibung nicht ausreichend sei. Auch haben wir ja gesehen, daß Labeo Furchterregung durch einen Haufen für Gewalt hielt; wie hätte er also dazu kommen sollen, die durch den Anblick von Bewaffneten erzeugte Furcht anders aufzufassen?

Von Julian haben wir folgenden Ausspruch:

Jul. fr. 33 § 2 de usurp. 41, 3.

Si dominus fundi homines armatos uenientes existimauerit atque ita profugerit, quamuis nemo eorum fundum ingressus fuerit, ui deiectus uidetur.

Cujacius [2]) hat existimauerit in extimuerit umgewandelt, und ihm folgt Savigny [3]):

„Das gewöhnliche existimauerit giebt einen falschen

1) Bruns, Besitzklagen, S. 39.

2) Comm. ad tit. de usurp. Opp. tom. I, c. 985, 986.

3) Rt. des Besitzes[7], S. 345 Anm. 1.

Sinn und zugleich eine falsche Construction (uenientes existimauerit statt uenire existimauerit)."

Das letztere ist nun wohl schwerlich richtig [1]), und ebenso wenig dürfte es mit dem falschen Sinn etwas sein. Aber das Participium hat eine andere Bedeutung, als der Infinitiv. Beim Infinitiv würde die bloße Meinung, daß Bewaffnete kämen, zum Begriffe Vertreibung schon genügen: eine solche Ansicht mag man dem Julian allerdings kaum zutrauen. Der überlieferte Text ist aber wörtlich so wiederzugeben: wenn der Eigentümer des Grundstückes Bewaffnete für Kommende gehalten hat. Dabei wäre die Vorstellung die gewesen: es sieht jemand Bewaffnete und glaubt, sie würden zu ihm kommen. Das käme dann ungefähr auf den Standpunkt Cicero's und Labeo's hinaus.

Auf eine weitere Entwicklung stoßen wir bei

Paul. sent. 5, 6 § 4.

Vi deicitur non tantum qui oppressu multitudinis aut fustium aut telorum aut armorum metu terretur, sed et is qui uiolentiae opinione comperta possessione cessit, si tamen eam aduersarius ingressus sit.

Oppressu multitudinis wird von Cujacius [2]) auf die coacti homines bezogen. Dann würde sich diese Stelle lediglich auf das Interdictum de ui armata beziehen. Möglich indes, daß diese Ausdrucksweise auch die einfache turba umfassen sollte. Jedenfalls sind die coacti homines mitbegriffen und einzelne wenige ausgeschlossen.

Die uiolentia werden wir nur mit einer Gewaltthat in Verbindung bringen können, wie sie im obigen geschildert worden.

Der Schlußsatz si tamen eam (sc. possessionem) ist wohl nur als Beschränkung des zweiten Falles aufzufassen.

Das ergiebt folgenden Sinn.

Ist jemand durch einen zusammengebrachten bezw. sonstigen Haufen oder durch Bewaffnete in Furcht gesetzt, so liegt

1) Vgl. z. B. Corn. Nepos, Timoleon 4, 1: ut neque eum querentem quisquam audierit.

2) In Jul. Pauli rec. sent. Lib. V, opera, tom. I c. 425.

gewaltthätige Vertreibung vor. Weiß er von dieſen Dingen nur durch Hörenſagen, ſo genügt nicht einfaches Verlaſſen des Grundſtückes; es muß vielmehr hinzukommen, daß der Gegner das Grundſtück betritt.

Die Anſicht des Labeo, daß bloße Kunde vom Hörenſagen zum Begriffe der Vertreibung nicht ausreiche, wäre alſo für den Fall beſeitigt, wenn der Gegner das Grundſtück betreten ſollte. Paulus behandelt dieſen Fall gerade ſo, wie Ulpian die Furcht, welche von einzelnen wenigen erregt war.

Eine Parallelſtelle zu Paulus ſcheint zu ſein

Ulp. fr. 3 § 6, 7 de ui 43, 16.

Si quis autem uisis armatis, qui alibi tendebant, metu hoc deterritus profugerit, non uidetur deiectus, quia non hoc animo fuerunt qui armati erant, sed alio tendebant.

Proinde et si, cum armatos audisset uenire, metu decesserit de possessione, siue uerum siue falsum audisset, dicendum est non esse eum armis deiectum, nisi possessio ab his fuerit occupata.

Im erſten Paragraphen wird ausgeführt, daß die bloße Flucht beim Anblick von Bewaffneten zur Vertreibung noch nicht genüge; es müſſe hinzukommen, daß die Bewaffneten die Vertreibung beabſichtigten. Hatten ſie aber die Abſicht, ſo, werden wir weiter folgern können, iſt dies zum Begriffe Vertreibung ausreichend, eine etwaige Beſitzergreifung nicht weiter erforderlich.

Wenn es das erſte Mal alibi, das zweite Mal alio tendebant heißt, ſo erklärt ſich dies vielleicht auf folgende Weiſe. Sie marſchierten anderswo, alibi, iſt geſagt vom Standpunkte des Sehenden aus, der glaubte, daß ſie zu ihm kommen würden; ſie marſchierten anderswohin, alio, bringt dann die objectiv richtige Thatſache.

Der zweite Paragraph beſchäftigt ſich mit dem Fall, wo der Beſitzer von Hörenſagen wußte, daß Bewaffnete kämen. Hat er auf dieſe Kunde hin die Flucht ergriffen, ſo liegt noch keine Vertreibung vor, ſelbſt wenn ihm die Wahrheit berichtet

sein sollte, es muß Besitzergreifung von Seiten der Bewaffneten hinzukommen.

Der verbindende Gedanke zwischen beiden Paragraphen ist demnach folgender. Bloße Flucht aus Furcht ist nicht ausreichend. Hat der Fliehende die Bewaffneten gesehen, so muß hinzukommen, daß sie die Vertreibung beabsichtigten. Hatte er seine Kunde nur von Hörensagen, so muß hinzukommen, daß die Bewaffneten Besitz ergriffen.

Bekker[1]) kommt im Sinne Ulpian's zu folgendem Ergebnis:

„erforderlich ist wohl begründete Furcht, zu der dann als zweites Moment hinzutreten muß, daß dieselbe absichtlich erregt ist, oder daß die, welche sie unabsichtlich erzeugten, doch von der Flucht des bisherigen Besitzers profitieren und selber Besitz ergreifen."

Wie ist es aber möglich, eine uis armata, die doch auch strafrechtlich in Betracht kam und zu Paulus' Zeiten als uis priuata mit Confiscation eines Drittels vom Vermögen sowie Relegation[2]), zu Justinian's Zeiten sogar als uis publica mit Deportation[3]) bestraft wurde[4]), da anzunehmen, wo eine auf Vertreibung gerichtete Absicht gar nicht vorhanden war! Nicht — absichtlich und unabsichtlich erregte Furcht bildet den Gegensatz der beiden Paragraphen, sondern Anblick der Bewaffneten und Kunde vom Hörensagen. Zwar wird im ersten Paragraphen eine Absicht der Bewaffneten nicht angenommen, aber doch nur, um den Begriff der Vertreibung auszuschließen. Andererseits ist im zweiten Paragraphen von siue uerum siue falsum audisset die Rede. Aber wir können den Schlußsatz doch nur mit dem uerum in Verbindung bringen: denn wenn überhaupt keiner kommt, kann auch keiner Besitz ergreifen. Allerdings ist nicht ausdrücklich gesagt, daß die

1) Recht des Besitzes, S. 251.

2) Paul. Sent. 5, 26 § 3.

3) § 8 de publ. iud. 4, 18.

4) Näheres bei Wächter, Neues Archiv des Crimrts., Bd. 13 S. 221 flg.

Besitzergreifer die Absicht der Vertreibung gehabt hatten. In dieser Beziehung durfte aber Ulpian ein Mißverständnis um so weniger fürchten, als er kurz vorher auseinandergesetzt hatte, daß ohne desfallsige Absicht keine gewaltthätige Vertreibung möglich sei.

2. Ergebnis und leitender Gedanke.

Das Endergebnis der hier in Frage stehenden Entwicklung können wir diesem allem zufolge dahin zusammenfassen.

Die Furcht kann erregt werden durch den Anblick von Menschen oder durch Kunde vom Hörensagen. Die Menschen können sein einzelne Unbewaffnete, einzelne Bewaffnete oder ein ganzer Haufen.

In allen diesen Fällen ist Voraussetzung der gewaltthätigen Vertreibung eine darauf gerichtete Absicht einerseits, Flucht des Besitzers andererseits.

Beide Voraussetzungen genügen beim Anblick von Bewaffneten oder eines Haufens.

Weiß jemand bloß vom Hörensagen, daß Bewaffnete oder ein Haufe kommen, so muß Besitzergreifung von Seiten dieser hinzukommen.

Beim Anblick einzelner Unbewaffneter muß ebenfalls Besitzergreifung von Seiten dieser hinzukommen.

Ergreift jemand die Flucht, weil er gehört hat, daß einzelne Unbewaffnete kämen, so liegt keine Vertreibung vor.

Ebenso scheint dieser Begriff ausgeschlossen, wenn ein Besitzer bei dem Anblick eines einzelnen Bewaffneten oder Unbewaffneten die Flucht ergreift.

Der leitende Gedanke bei dieser Entwicklung ist offenbar folgender gewesen. Bei einer Gewalt, die kräftig und in der Nähe auftritt, sind die Voraussetzungen für eine gewaltthätige Vertreibung geringer, als bei einer Gewalt, die entfernter und schwächer erscheint.

II. Auszuscheidende Fälle.

Jetzt wäre noch der Fall zu berücksichtigen, wenn die Furcht, weshalb jemand sein Grundstück verließ, mehr un-

bestimmter Natur war; man denke an feindliche Einfälle, Aufstände, Bürgerkriege. Auf diesen Fall bezieht sich c. 4 de A. et R. P. 7, 32. Hier liegt keine Vertreibung vor, selbst wenn später jemand von dem leer gelassenen Grundstücke Besitz ergriffen haben sollte.

Ebenso ist der Fall zu beurteilen, der uns bereits beschäftigte, wenn jemand die Flucht vor bestimmten Personen ergriff, die damals noch gar nicht die Absicht hatten, den Besitzer zu vertreiben, später aber sich die Gelegenheit zu nutze machten und das leer gelassene Grundstück besetzten.

b. b. § 11. Abweichende Ansichten.

Andere Schriftsteller kommen hier zu andern Ergebnissen.

Vangerow[1]) verlangt unter allen Umständen, daß der Drohende das verlassene Grundstück auch wirklich occupiert habe.

Davon sagt aber Labeo in fr. 1 § 29 de ui nichts bei einem Haufen, der Schrecken verursacht hatte; Ulpian in fr. 3 § 6 eodem nichts bei Bewaffneten, die der Besitzer gesehen hatte. Julian in fr. 33 § 2 de usurp. 41, 3 hebt für diesen Fall das Gegenteil ausdrücklich hervor; und was Ulpian in fr. 1 § 29 de ui von einem speciellen Falle sagt, hat man keineswegs nötig allgemein zu verstehen.

Unterholzner[2]), Bruns[3]) und Windscheid[4]) schließen von der Besitzergreifung auf die Absicht der Vertreibung.

Am bestimmtesten spricht Windscheid diesen Gedanken aus:

„Ebenso wenig ist notwendig eigene Inbesitznahme des Verdrängenden, obgleich durch dieselbe am unzweifelhaftesten constatiert wird, was unter allen Umständen erforderlich ist, daß die physischen Kräfte, vor denen der Besitzer sich zurückgezogen hat, zum Zwecke seiner Verdrängung entfaltet worden seien".

Allein die Besitzergreifung von einem leeren Grundstücke

---

1) Pand. Bd. 1[7] § 207 Anm. 2.

2) Verjährungslehre, Bd. 1 § 73 Anm. 252.

3) Recht des Besitzes, S. 70.

4) Pand. Bd. 1[5] §. 160, Anm. 6.

läßt durchaus keinen sicheren Schluß darauf zu, daß der Besitzergreifer damals, als der Besitzer die Flucht ergriff, die Absicht der Vertreibung hatte. Die Ansicht von Unterholzner, Bruns und Windscheid ist vielleicht aus dem Bestreben hervorgegangen, den Begriff der gewaltthätigen Vertreibung auf einen einheitlichen Grundgedanken zurückzuführen. Daran fehlt es aber im römischen Rechte. Ueberhaupt dürfte die Vertreibung durch Furchterregung, wie sie sich bei den Römern ausgebildet hat, vom gesetzgeberischen Standpunkte aus betrachtet, mannigfachen Bedenken unterliegen. Darauf werde ich sogleich zurückkommen [1]).

c. c. § 12. Besitzesverlust und leerer Besitz.

I. Besitzesverlust.

Man möchte es für selbstverständlich halten, daß der Besitzesverlust im Falle einer gewaltthätigen Vertreibung dann eintrete, wenn diese vollendet; so daß eine weitere Erörterung über den Zeitpunkt des Besitzverlustes überflüssig erschiene.

Gleichwohl begegnen wir für den Fall einer abweichenden Ansicht, wo die Vertreibung erst mit der Besitzergreifung vollendet wird. Und zwar scheint diese Ansicht ziemlich feste Wurzeln zu haben.

Savigny [2]) und Vangerow a. a. O. in Anlehnung an Hufeland [3]) mit vielen andern behaupten: der Besitz gehe hier in dem Augenblicke verloren, wo der Besitzer die Flucht ergriff. Es soll dies gar nicht einmal zweifelhaft sein „nach den Grundsätzen über den Besitzverlust durch animus". Der Besitz gehe auf jeden Fall verloren, „wenn auch nicht corpore, doch wenigstens animo". Es wird also unterschieden zwischen Besitzesverlust und Vertreibung in der Weise, daß der Besitzverlust eher stattgefunden hätte, bevor die Vertreibung vollendet war.

---

1) Siehe unten § 13.

2) Recht des Besitzes[7] S. 346.

3) Neue Darstellung der Rechtslehre vom Besitz. Abh. Teil 2, Abt. 1, S. 157 flg.

Daß indessen das Verlassen eines Grundstückes aus Furcht nicht notwendig einen Besitzesverlust zur Folge habe, steht deutlich zu lesen in c. 4 A. et R. P. 7, 32. Dies nimmt auch Savigny[1]) selber gar nicht in Abrede. Und was die Grundsätze über den Besitzesverlust durch animus anbetrifft, so wird dabei gedacht sein an fr. 25 § 2 A. u. A. P. Die Stelle wird uns noch in einem andern Zusammenhang beschäftigen müssen[2]). Den Grundsätzen gegenüber, die man auf jene Stelle gestützt hat, mag aber gleich hier bemerkt werden: daß zwei wesentlich verschiedene Dinge mit einander verwechselt worden sind.

Wenn jemand aus Furcht ein Grundstück verläßt, so verzichtet er allerdings auf etwas. Dieses Etwas ist aber nicht der Besitz, sondern der Widerstand. Das positive Recht kann allerdings vorschreiben und schreibt dies auch in einem gewissen Umfange vor: wer auf Widerstand verzichtet, soll des Besitzes verlustig sein. Das ist aber ein unfreiwilliger Besitzesverlust, während wir es beim Verzichte auf den Besitz mit einem freiwilligen Besitzesverluste zu thun haben.

Wäre die Ansicht von Savigny und Vangerow richtig, daß der Besitz schon vor vollendeter Vertreibung verloren sei, so könnte gar keine Vertreibung mehr stattfinden, denn diese hat gegenwärtigen Besitz zur Voraussetzung.

Ferner gäbe es dann überhaupt keine Vertreibung durch Furchterregung, weil die freiwillige Besitzesaufgabe immer die unfreiwillige Besitzesentsetzung unmöglich machen würde.

II. Leerer Besitz.

Bei Beantwortung der Frage: inwiefern entsteht beim Verlassen eines Grundstückes aus Furcht leerer Besitz? müssen wir verschiedene Fälle auseinanderhalten.

Erster Fall. Der Besitz geht verloren mit dem Verlassen des Grundstücks. Hier entsteht in Gemäßheit der in fr. 4 § 22

---

1) a. a. O. S. 360, 361.

2) Siehe unten § 14, 27, 59.

de usurp. 41, 3 entwickelten Grundsätze sofort für jeden dritten leerer Besitz, nicht aber für diejenigen, welche die Furcht erregten.

Zweiter Fall. Der Besitz geht nicht schon mit dem Verlassen des Grundstückes verloren, sondern erst dann, wenn diejenigen, welche die Furcht erregten, vom Grundstücke Besitz ergriffen; bis dahin dauert also der Besitz fort. Und wenn diejenigen, welche die Furcht erregt haben, von einer Besitzesergreifung überall absehen, so findet gar kein Besitzesverlust statt. Gleichwohl kann auch hier dritten gegenüber leerer Besitz entstehen, denn die allgemeinen Voraussetzungen, leeres Grundstück und Möglichkeit gewaltfreier Besitzergreifung, sind ja gegeben; es muß nur noch ein anderer Entstehungsgrund hinzukommen. Da wir uns nämlich den Besitz als fortdauernden zu denken haben, so entsteht leerer Besitz nicht schon in dem Augenblick, wo der Besitzer sein Grundstück verließ, wohl aber nach langer Abwesenheit.

Dritter Fall. Das Grundstück wird aus Furcht verlassen, ohne daß jemand die bestimmte Absicht hatte, den Besitzer zu vertreiben. Hier entsteht selbst demjenigen gegenüber leerer Besitz, vor dem sich der Besitzer fürchtete, vorausgesetzt auch in diesem Falle, daß er längere Zeit fortblieb.

So bietet denn, genau betrachtet, die Furchterregung nur im ersten Falle Raum für den leeren Besitz dar; in den andern beiden Fällen beruht der leere Besitz auf langer Abwesenheit.

d. d. § 13. Bedenken gegen die römische Auffassung.

Prüfen wir jetzt die Ergebnisse, zu denen wir gelangt sind, von einem allgemeineren Gesichtspunkte aus. Sie wollen nicht recht befriedigen. Dies mag Ursache mit sein, weshalb man versucht hat, den Quellen einen andern Inhalt unterzulegen. Richtiger dürfte es aber sein, den Gründen nachzuforschen, die unser Mißbehagen erregen.

In dieser Beziehung ist nun zunächst darauf hinzuweisen, daß wir es mit einem Begriffe zu thun haben, der sowohl in's Privatrecht wie in's Strafrecht eingreift. Nicht nur die

durch qualifizierte, auch die durch einfache Gewalt bewerkstelligte Vertreibung[1]) wurde bei den Römern strafrechtlich verfolgt. So war es wenigstens in der späteren Zeit[2]). Zu Paulus' und Ulpian's Zeiten scheint freilich bloß die durch qualifizierte Gewalt bewirkte Vertreibung einen Strafrechtsfall gebildet zu haben. Denn Paul. Sent. 5, 26 § 3 spricht von armatis hominibus und Ulp. fr. 5 ad leg. Jul. de ui priu. von hominibus congregatis sine armis d. i. hominibus coactis[3]). Auf alle Fälle haben strafrechtliche Vorstellungen auf die Entwicklung des hier in Frage stehenden Begriffes eingewirkt[4]). Die strafrechtlichen Anschauungen der Römer weichen aber von unsern heutigen wesentlich ab. Hier kommt namentlich in Betracht, daß die Römer den Begriff des versuchten Verbrechens in formeller Hinsicht gar nicht kannten[5]). Sie helfen sich damit, daß sie eine Reihe versuchter Verbrechen als vollendete behandelten. Dies ist ein offenbarer Mangel des römischen Strafrechts: man coordinierte, wo man hätte subordinieren sollen. Dieser Mangel macht sich in weitem Umfange auf dem Gebiete des crimen uis geltend[6]), und von diesem Mangel wird auch unsere gewaltthätige Vertreibung betroffen.

Vergegenwärtigen wir uns doch einmal die einzelnen Fälle, wo die Römer eine vollendete Vertreibung annahmen.

Ein Haufe oder einzelne Bewaffnete haben die Absicht, einen Besitzer von seinem Grundstücke zu vertreiben; er flieht

---

1) § 6 de interd. 4, 15; fr. 1 § 2 de ui 43, 16; c. 4 Unde ui 8, 4; fr. 3 § 6 ad leg. Jul. de ui publ. 48, 6; fr. 5 ad leg. Jul. de ui priu. 48, 7.

2) Vgl. unten § 62.

3) Vgl. ferner Ulp. fr. 2 § 1 Vi bon. rapt. 47, 8; Isidor. Or. 5, 26 und dazu Wächter, N. Archiv des Crrts, Bd. 13, S. 198 flg.

4) Ulp. fr. 1 § 2 de ui 43, 16. Ne quid autem per uim admittatur, etiam legibus Juliis prospicitur publicorum et priuatorum nec non et constitutionibus principum.

5) Vgl. Luden, Ueber den Versuch, S. 31 u. sonst.

6) Luden a. a. O. S. 146 flg. Wächter, Neues Archiv des Crimrts., Bd. 11, S. 640.

bei ihrem Anblicke. Das sind, von unserm heutigen Standpunkte aus betrachtet, lediglich Vorbereitungshandlungen.

Jemand flieht beim Anblick einzelner Unbewaffneter, welche die Absicht haben, ihn zu vertreiben, und nach seiner Flucht vom Grundstücke Besitz ergreifen. Das ist höchstens strafbarer Versuch, weil die Vollendung des Verbrechens durch vorherige Flucht des Besitzers unmöglich wurde.

Ebenso liegt höchstens strafbarer Versuch vor, wenn jemand flieht, der von Hörensagen weiß, daß Bewaffnete oder ein Haufe kommen, und die Betreffenden später das Grundstück besetzen.

Wie weit wir hier überall noch von einem vollendeten Verbrechen entfernt sind, wird recht deutlich hervortreten, wenn wir uns an der Hand unseres Strafgesetzbuches klar zu machen suchen, was zu einer gewaltthätigen Vertreibung erforderlich ist.

An die Stelle des crimen uis ist hier bekanntlich das Verbrechen der Nötigung getreten. Von demselben heißt es St. G. B. § 240.

> Wer einen andern widerrechtlich durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt u. s. w.

Der bloße Anblick eines Haufens oder Bewaffneter genügt also keineswegs, es muß vielmehr eine förmliche Bedrohung stattgefunden haben. Sie haben z. B. dem Besitzer gedroht, sie würden ihn hinauswerfen, wenn er nicht von selber ginge. Eine ausdrückliche Erklärung ist freilich nicht erforderlich, es genügen concludente Handlungen[1]). Die Bewaffneten schicken sich z. B. an, das Grundstück zu beschießen.

Ebensowenig genügt Kunde vom Hörensagen. Die Betreffenden hätten dann schon selber jemand an den Besitzer abschicken müssen mit dem Auftrage, dem Besitzer mitzuteilen, daß er vertrieben werden solle.

---

1) Vgl. Geyer, Handbuch des deutschen Strafrts. von Holtzendorff, Band 3, S. 576.

Das ist der eine Grund des Mißbehagens. Uns wird bei der gewaltthätigen Vertreibung zugemutet, ein vollendetes Verbrechen schon da anzunehmen, wo nach unsern heutigen strafrechtlichen Anschauungen entweder nur straflose Vorbereitungshandlungen oder höchstens strafbarer Versuch vorläge [1]).

Dazu kommt noch ein anderer Grund. Vom privatrechtlichen Standpunkte aus hat es gar keinen Sinn, einen Besitzesverlust selbst dann anzunehmen, wenn der Gegner vom Grundstücke gar keinen Besitz ergreift. Hiervon wird sogleich näher die Rede sein.

c. § 14. Verhinderung der Rückkehr.

Wie eine eigentliche Vertreibung sowohl durch physische Gewalt als Furchterregung möglich ist, so kann auch die Rückkehr auf beiderlei Weise verhindert werden. Die physische Gewalt kann sich entweder in der Weise geltend machen, daß der Zurückkehrende nicht eingelassen, oder unterwegs schon festgehalten wird. Die Furcht kann durch eigne Wahrnehmung oder durch Kunde von Hörensagen erzeugt sein. Sie kann den Zurückkehrenden in der Nähe des Grundstückes wie in der Ferne erreichen. Ist die Verhinderung der Rückkehr in allen Fällen der gewaltthätigen Vertreibung gleichgestellt worden, eventuell in welchen?

Auf den Fall, wenn der zurückkehrende Eigentümer nicht eingelassen wird, bezieht sich

Ulp. fr. 6 § 1 A. u. A. P. 41,2.

si reuertentem dominum non admiserit, ui magis intellegi possidere, non clam.

Von Furchterregung handelt

Paul. fr. 7 eodem.

---

1) Auch sonst macht sich das Bedürfnis geltend, die strafrechtlichen Begriffe, sofern sie die Grundlage von privatrechtlichen Ansprüchen bilden, mit unsern heutigen strafrechtlichen Vorstellungen und strafrechtlichen Bestimmungen in Einklang zu bringen. Ich erinnere z. B. an die Begriffe metus und Erpressung. Vgl. Entsch. des Rchsger. in Civilsachen, Bd. 10, S. 191; Dernburg, Pand. Bd. 1, S. 236, A. 12.

Sed et si nolit in fundum reuerti, quod uim maiorem uereatur, amisisse possessionem uidebitur: et ita Neratius quoque scribit.

Beide Fälle umfaßt

Pomponius fr. 25 § 2 eodem.

quaeritur — — an — — usque eo possideamus, donec reuertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur, repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem: et uidetur utilius esse.

Zwei Spielarten der physischen Gewalt bringt

Ulp. fr. 1 § 24 de ui 43,16.

si quis de agro suo uel de domo processisset nemine suorum relicto, mox reuertens prohibitus sit ingredi uel ipsum praedium, uel si quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possederit, ui deiectus uidetur.

Unterwegs erregte Furcht bei

Paul. sent. 5,6 § 6.

Ui deiectus uidetur — et qui in uia territus est, ne ad fundum suum accederet.

Furcht, durch Kunde vom Hörensagen entstanden, hebt endlich hervor

Paul. fr. 3 § 8 A. u. A. P.

Si quis nuntiet domum a latronibus occupatam et dominus timore conterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet.

Die herrschende Meinung bringt sämmtliche Ausssprüche ohne weiteres mit der gewaltthätigen Vertreibung in Verbindung. Ich glaube aber, wir haben zu unterscheiden.

Eine gewaltthätige Vertreibung liegt allerdings vor, wenn der zurückkehrende Besitzer nicht eingelassen, unterwegs festgehalten oder unterwegs in Schrecken gesetzt wird. Der Fall aber, wenn jemand umkehrt, weil er es auf einen Kampf nicht ankommen lassen mag, wird zwar als Besitzverlust behandelt, jedoch nicht als gewaltthätige Vertreibung. Hier können wir diesen Begriff auch gar nicht gebrauchen. Wir kämen sonst

dazu, jemanden des Verbrechens der gewaltthätigen Vertreibung für schuldig zu erklären, der sich einer solchen Handlung gar nicht bewußt war. Dieser Fall des Besitzverlustes ist in der That von einem ganz andern Gesichtspunkte aus zu beurteilen, wie wir später noch näher sehen werden. [1])

Ihering[2]) hat bereits ganz richtig hervorgehoben, daß fr. 3 § 8 und fr. 7 A. u. A. P. gar nicht von einer Gewaltthat reden, und daß man das animo in fr. 25 § 2 eodem unmöglich auf eine Vertreibung beziehen könne.

Dem gegenüber macht Bruns[3]) geltend, daß Ihering in der letzteren Stelle das ita übersehen habe. Bruns ist der Ansicht, daß durch ita das animo desinere possidere dem wirklichen repellere habe gleichgestellt werden sollen. Diese Ansicht kann man indes einem Pomponius um so weniger zutrauen, als derselbe die corporalis uis ausdrücklich für ein Erfordernis der Vertreibung erklärt[4]). Bruns glaubt freilich durch Paul. sent. 5,6 § 6 darthun zu können, daß Furcht vor repellere das Interdictum de ui begründe. Allein es ist doch ein gewaltiger Unterschied, ob jemand unterwegs durch Menschen in Schrecken gesetzt und zurückgescheucht wird, als wenn er still für sich den Entschluß faßt, umzukehren.

Eine weitere Frage ist die, wie wir uns den Zurückkehrenden zu denken haben: ob als jemand, der etwa Jahre lang fort blieb, oder als einen, der nur kurze Zeit abwesend war.

Zunächst fällt in's Gewicht, daß von einer langen Abwesenheit nirgends die Rede ist. Wenn aber jemand schlechthin von Zurückkehrenden spricht, so denkt man doch nicht gleich an Weltumsegler u. dgl. Leute.

Sodann ist in einer Stelle dem reuertens ausdrücklich ein mox vorgesetzt, was in den Pandekten für gewöhnlich „bald" bedeutet; und die erste Stelle bezieht sich auf den Wochen-

1) Vgl. unten § 27.

2) Grund des Besitzesschutzes[2], S. 122, 123.

3) Besitzklagen, S. 127, 128.

4) fr. 1 § 29 de ui 43, 16, und dazu oben § 10.

marktsbesucher, also ebenfalls auf einen Fall kurzer Abwesenheit. Dies sind aber gerade die beiden einzigen Stellen des Justinian'schen Gesetzbuches, wo die Verhinderung der Rückkehr ausdrücklich als gewaltthätige Vertreibung aufgefaßt wird.

Einwenden könnte man vielleicht, daß mox zuweilen auch „hernach" bedeute.[1]) Völlig durchschlagend ist aber folgender Grund. Nur die lange Abwesenheit bildet einen Fall leeren Besitzes, damit ist die kurze Abwesenheit hier zurückgewiesen. Die kurze Abwesenheit ist von den Römern wesentlich andern Regeln unterworfen, als die lange Abwesenheit. Wenn ein Grundstück von jemand in Besitz genommen wird, das Jahre lang leer dastand, so hat es gar keinen Sinn, hier den Begriff der gewaltthätigen Vertreibung zur Anwendung zu bringen. Wenigstens den Römern ist so etwas nicht eingefallen. Ich werde dies später noch näher darlegen und auf die hier vorgeführten Stellen wieder zurückkommen müssen[2]). Hier kümmert mich lediglich die Frage, inwiefern dieser Fall der gewaltthätigen Vertreibung noch Raum für den leeren Besitz übrig läßt; hier habe ich lediglich damit zu thun, die scharfe Grenzlinie zwischen gewaltthätiger Vertreibung und leerem Besitze aufzusuchen.

Natürlich kann von leerem Besitze nur die Rede sein, wo der Gegner nicht selber Besitz ergriffen hat. Also scheidet der Fall aus, wo der Zurückkehrende den Gegner bereits auf dem Grundstücke vorfand, und durch Furcht oder physische Gewalt zur Umkehr genötigt wurde. Es bleibt nur der Fall übrig, wo der Zurückkehrende schon unterwegs festgehalten oder in Schrecken gesetzt wurde, ohne daß bis dahin eine Besitzergreifung von Seiten des Gegners statt gefunden hatte.

Ulpian, welcher in fr. 1 § 24 de ui das Festhalten erörtert, drückt sich dahin aus:

si quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possederit, ui deiectus uidetur.

---

1) Vgl. Brissonius, V. S. und Dirksen, Manuale unter mox.
2) Siehe unten § 59.

Darnach wäre Besitzergreifung von Seiten des Angreifers ein notwendiges Merkmal für diesen Fall der Vertreibung.

Paulus hingegen, welcher in seinen sententiae 5,6 § 6 die Furchterregung behandelt, schweigt von der Besitzergreifung; scheint also dieselbe nicht für ein Erfordernis der gewaltthätigen Vertreibung zu halten.

Sollen wir nun ebenfalls in dieser Weise unterscheiden? Das scheint keinen rechten Sinn zu haben. Wenn das Festhalten noch nicht genügt, so kann auch die Furchterregung nicht ausreichen. Ulpian und Paulus werden in dieser Beziehung verschiedener Meinung gewesen sein. Da aber die Ansicht Ulpian's im Corpus Iuris Aufnahme gefunden hat, werden wir uns hieran zu halten haben.

So wäre denn bei Verhinderung der Rückkehr in allen Fällen Besitzergreifung ein Erfordernis der gewaltthätigen Vertreibung. Ohne Besitzergreifung dauert der alte Besitz fort, der sich dann aber durch lange Abwesenheit in leeren Besitz verwandeln kann.

§ 15. Zusammenfassung und weitere Bedenken gegen das römische Recht.

Damit hätte ich die Untersuchung über die gewaltthätige Vertreibung, sofern sie sich gegen den Besitzer richtet, und sofern sie Raum läßt für den leeren Besitz, zu Ende geführt. Vergegenwärtigen wir uns in der Kürze das Ergebnis in Bezug auf das eine Erfordernis der Besitzergreifung.

Wird jemand von seinem Grundstücke durch physische Gewalt vertrieben, so genügt dies für die gewaltthätige Vertreibung. Es tritt Besitzesverlust ein, ohne daß der Angreifer vom Grundstücke Besitz zu ergreifen nötig hat. Dies war die Ansicht des Paulus, welche als fr. 4 § 22 de usurp. in den Pandekten Aufnahme gefunden hat.

Wird jemand von seinem Grundstück durch Furchterregung vertrieben, so ist bald Besitzergreifung erforderlich, bald nicht.

Wird jemand an der Rückkehr verhindert, so ist unter allen Umständen zur Vertreibung Besitzergreifung erforderlich.

Hat diese Verschiedenheit eine innere Berechtigung, und wofür werden wir uns eventuell entscheiden müssen?

Wir haben es hier mit einem Begriffe zu thun, der sowohl in's Strafrecht als in's Privatrecht einschlägt. Vom strafrechtlichen Standpunkte aus tritt die Besitzergreifung allerdings mehr in den Hintergrund; andererseits ist es aber sehr begreiflich, wenn wir das Privatrecht hierauf Rücksicht nehmen sehen. Was soll hier nun den Ausschlag geben? Ich meine lediglich der privatrechtliche Standpunkt.

Ich habe es allerdings im vorigen Paragraphen als wünschenswert hingestellt, daß der Begriff gewaltthätige Vertreibung wiederum mit unseren strafrechtlichen Anschauungen in Einklang gebracht werde. Anders steht es aber um die privatrechtlichen Nachtheile, deren Festsetzung man füglich dem Privatrechte überlassen kann.

Daß nun ein Besitzesverlust eintritt, selbst wenn der Gegner gar keinen Besitz ergriffen hat, war im alten Recht eine von selbst gegebene Folge, wo mit dem Verlassen des Grundstückes der Besitzesverlust von selber gegeben war. Seitdem es aber zulässig geworden, durch bloßen Willen den Besitz zu erhalten, hat es gar keinen Sinn mehr, einen Besitzesverlust im Falle gewaltthätiger Vertreibung dann anzunehmen, wenn der Vertreibende vom Grundstücke gar keinen Besitz ergreift. Es ist dies gerade so ungereimt, als wenn man einen bestohlenen Eigentümer damit bestrafen wollte, daß man ihn seines Eigentumes für verlustig erklärte.

Diesem allem zufolge wäre in einem heutigen Gesetzbuche über gewaltthätige Verbreitung etwa Folgendes festzusetzen.

Gewaltthätige Vertreibung liegt vor, wenn der Besitzer durch Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen sein Grundstück zu verlassen genötigt oder an der Rückkehr gehindert wird. Besitzesverlust ist mit der gewaltthätigen Vertreibung nur dann verbunden, wenn der Vertreibende Besitz ergreift.

2. § 16. Gewaltthätige Vertreibung des Vertreters.

Die gewaltthätige Vertreibung des Vertreters bringt den Vertretenen um ſeinen Beſitz, ohne daß er darum zu wiſſen braucht.

Ulp. fr. 1 § 22 de ui 43,16.

Quod seruus uel procurator uel colonus tenent, dominus uidetur possidere, et ideo his deiectis ipse deici de possessione uidetur, etiamsi ignoret eos deiectos, per quos possidebat. et si quis igitur alius, per quem possidebam, deiectus fuerit, mihi competere interdictum nemini dubium est.

Was vom Vertreter, gilt auch vom Vertreter des Vertreters.

Labeo fr. 20 de ui.

Si colonus tuus ui deiectus est, ages unde ui interdicto. idem si inquilinus tuus ui deiectus fuerit. Paulus. idem dici potest de coloni colono, item inquilini inquilino.

Die Frage, in wie fern zur gewaltthätigen Vertreibung Beſitzergreifung erforderlich und in wie fern für den leeren Beſitz Raum bleibt, wird hier mit denſelben Unterſcheidungen zu beantworten ſein, wie bei der gewaltthätigen Vertreibung des Beſitzers ſelber.

Dernburg[1]) unterſcheidet: ob ſich die Gewalt gegen die Perſon des Vertreters richtete, weil er z. B. den Dorfgenoſſen verhaßt war; oder ob dem Vertretenen durch die Vertreibung ſeines Vertreters die Einwirkung auf die Sache dauernd entzogen werden ſollte. Nur im letztern Falle nimmt Dernburg Beſitzesverluſt an. Die Quellen wiſſen nichts von einer derartigen Unterſcheidung.

---

1) Pandekten, Bd. 1, § 183, S. 418.

BB. § 17. Naturereignisse.

Das unfreiwillige Verlassen eines Grundstückes kann durch Naturereignisse herbeigeführt sein. In den Quellen wird der Fall der Ueberschwemmung besonders hervorgehoben. Labeo nahm hier unter der Voraussetzung Besitzesverlust an, daß das Wasser das Grundstück occupiert habe; und dieser Ansicht sind Nerva der Sohn sowie Paulus beigetreten. Sie wird so zu verstehen sein, daß nur eine mehr dauernde, keineswegs eine bloß vorübergehende Ueberschwemmung die gedachte Wirkung äußere.[1]) Auch tritt der Besitzesverlust nur soweit ein, als das betreffende Grundstück vom Wasser ergriffen wird.

Paul. fr. 3 § 17 A. u. A. P.

Labeo et Nerua filius responderunt, desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupauerit.

Paul. fr. 30 § 3 eodem.

Item quod mari aut flumine occupatum sit, possidere nos desinimus.

Mit dem leeren Besitz stellt sich hier die Sache so. Ist die dauernde Ueberschwemmung vorüber, so ist der verlorne Besitz zugleich leerer Besitz, denn es ist gegeben die Möglichkeit gewaltfreier Besitzergreifung. Im Falle einer bald vorbeigehenden Ueberschwemmung dauert der Besitz fort, es muß daher, wenn leerer Besitz entstehen soll, lange Abwesenheit des Besitzers hinzukommen.

Eine Ausnahme macht die am Meeresstrand erbaute Hütte, welche von einer Sturmflut fortgerissen und von Grund aus zerstört wird. Denn wie hier sofortiger Eigentumsverlust eintritt[2]), so wird auch sofortiger Besitzesverlust anzunehmen sein.

---

1) Windscheid, Pand. Bd. 1⁵, § 156, Anm. 5.

2) fr. 5 § 1, fr. 6 pr., fr. 10 de diu. rer. 1. 8; fr. 14, fr. 30 § 4. A. R. D. 41, 1.

B. § 18. Freiwillige Besitzesaufgabe.

Die freiwillige Besitzesaufgabe soll hier betrachtet werden, insofern sie in Beziehung steht zum leeren Besitz. Dies ist der Fall bei der Dereliction und der Einräumung leeren Besitzes.

I. Die Dereliction.

Mit der Dereliction ist sofortiger Besitzesverlust verbunden und auch Eigentumsverlust, wenn der Derelinquierende Eigentümer war. Erforderlich ist, wie Windscheid[1]) richtig hervorhebt, daß die Aufgabe des Eigentums, bezw. des Besitzes in der Behandlung der Sache äußerlich hervortrete.

Dies kann bei Grundstücken nur dadurch geschehen, daß der Besitzer das Grundstück verläßt. Mit diesem Augenblicke sind dann gleichzeitig die Voraussetzungen des leeren Besitzes gegeben: ein leeres Grundstück und die Möglichkeit gewaltfreier Besitzergreifung.

Ulp. fr. 1 pro derelicto 41, 7.

Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

II. Die Einräumung leeren Besitzes.

Die Einräumung leeren Besitzes wird uns später noch ausführlicher beschäftigen müssen. Hier soll nur im allgemeinen das in dieser Beziehung zwischen Besitzesverlust und leerem Besitz obwaltende Verhältnis dargelegt werden. Wir haben drei Fälle zu unterscheiden.

Die Aufhebung des körperlichen Verhältnisses und die Aufgabe des Besitzes erfolgen gleichzeitig.

Die Einräumung leeren Besitzes erfolgt, während der Besitz körperlich durch einen Vertreter ausgeübt wird.

Die Aufhebung des körperlichen Verhältnisses ging der Besitzesaufgabe voraus.

---

1) a. a. O. Bd. 1[5], § 191.

Diese drei Fälle sind bereits von Papinian, freilich in einem etwas allgemeineren Rahmen, zusammengestellt und erörtert worden. Diese Stelle soll uns hier beschäftigen.

Papinianus libro uicensimo tertio quaestionum fr. 44 § 2 A. u. A. P.

Quibus explicitis, cum de admittenda (amittenda) [1]) possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti uel animo uel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus: eius uero, quod serui uel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus. illa quoque possessionis amittendae separatio est. nam saltus hibernos et aestiuos, quorum possessio retinetur animo,

Idem libro secundo de finitionum fr. 45 eodem.

licet neque seruum neque colonum ibi habeamus,

Idem libro uicensimo tertio quaestionum fr. 46 eodem.

quamuis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possesionem ab alio occupatam ignoraret. ut enim eodem modo uinculum obligationum soluitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quae solo animo tenetur.

Bisher ist namentlich das fr. 46 von einem ganz andern Standpunkte aus betrachtet worden. Ich will zunächst, unbekümmert hierum, meine eigne Ansicht zu entwickeln versuchen.

Papinian beschäftigt sich hier mit dem amittere possessionem. Was haben wir darunter zu verstehen?

Amittere im engeren Sinne heißt „fahren lassen, aufgeben": das weist auf die freiwillige Besitzesaufgabe hin; und

---

1) Admittenda, wie die Florentiner Handschrift liest, ist ohne Zweifel verschrieben für amittenda. Vgl. oben § 7, S. 37 Anm. 1.

von dieser wird das Wort in der That vielfach gebraucht [1]). Andererseits kommt die Redewendung freilich auch in einem weiteren Sinne vor, indem sie den unfreiwilligen Besitzesverlust mitumfaßt [2]). In unserer Stelle weisen uns die Beispiele, mit denen Papinian einsetzt, zunächst jedenfalls auf den freiwilligen Besitzesverlust hin.

Als Gegenstände des amittere possessionem werden nur Grundstücke in's Auge gefaßt.

Erster Fall. Wenn der Besitz vom Besitzer selber körperlich ausgeübt wird, so kann er durch dessen freien Willen auf zweierlei Weise verloren gehen, entweder indem er auf dem Grundstücke bleibt, oder indem er es gleichzeitig verläßt. Der Besitzesverlust durch bloßen Willen kümmert uns hier noch nicht. Die zweite Möglichkeit kann sich dann entweder als Dereliction oder Einräumung leeren Besitzes gestalten. Da Derelictionen von Grundstücken nicht häufig vorzukommen pflegen, so werden wir vorzugsweise an die Einräumung leeren Besitzes zu denken haben. Der Besitz geht mit dem Augenblicke verloren, wo der Besitzer das Grundstück verläßt.

Zweiter Fall. Der Besitz wird körperlich durch einen Sklaven oder Pächter ausgeübt. Hier soll der Besitz nicht anders verloren gehen, als bis ein dritter das Grundstück betreten hat; Kunde hiervon braucht der bisherige Besitzer nicht erhalten zu haben.

Auch hier dürfen wir nur an freiwilligen Besitzesverlust denken: dies läßt sich auf positive und negative Weise darthun.

Positiver Beweis. Papinian will den Unterschied feststellen, welcher zwischen eigner Besitzesausübung und der Besitzesausübung durch andere in Bezug auf Besitzesverlust vorhanden ist. Dies setzt voraus, daß die Arten des Besitzesverlustes sich mindestens teilweise decken, und das zweite Mal keine andern in's Auge gefaßt werden, als das erste Mal. Denn

---

1) fr. 3 § 6, fr. 8, fr. 29, fr. 34 pr. A. u. A. P. 41, 2; fr. 153 R. J.

2) fr. 15, fr. 47 A. u. A. P.; fr. 31 de dolo malo 4, 3.

sonst ist ein Unterscheiden gar nicht möglich, weil die Thätigkeit des Unterscheidens in derartigen Fällen darin besteht, festzustellen: wie ein und derselbe Begriff unter verschiedenen Voraussetzungen verschieden wirkt. Will ich z. B. die verschiedenen Wirkungen der Cholera an zwei verschiedenen Orten feststellen, so darf ich nicht das eine Mal die Cholera nostra, das andere Mal die asiatische Cholera zu Grunde legen. Wenn Papinian nun das erste Mal nur Beispiele eines freiwilligen Besitzesverlustes wählt, so müssen wir dasselbe für den zweiten Fall annehmen. Und zwar werden wir hier auf die Einräumung leeren Besitzes beschränkt. Der Gedanke an eine Dereliction liegt hier, wo der Besitz durch andere körperlich ausgeübt wird, nicht bloß an sich schon viel ferner, als im ersten Falle; es widerspricht auch dem Wesen der Dereliction, den Besitzesverlust davon abhängig zu machen, daß ein dritter das Grundstück betreten hat. Den Eigentumsverlust wollte allerdings Proculus von der Besitzergreifung durch einen dritten abhängig machen; aber auch diese Ansicht kann seit Julian als beseitigt betrachtet werden [1]).

Einräumung leeren Besitzes ist also das verbindende Glied zwischen dem ersten und zweiten Fall. Uebte der Besitzer selber den Besitz aus, so geht der Besitz verloren in dem Augenblicke, wo er das Grundstück verläßt. Uebte ein Pächter für den Besitzer den Besitz körperlich aus, so geht der Besitz erst dann verloren, wenn der dritte, dem leerer Besitz eingeräumt wurde, das Grundstück betreten hat, also vom Pächter zugelassen wurde.

Negativer Beweis. Wollen wir den zweiten Fall mit dem unfreiwilligen Besitzverluste in Verbindung bringen, so wäre höchstens die gewaltthätige Vertreibung verwendbar. Dazu paßt aber die Entscheidung Papinian's in keiner Weise. Denn hier ist es nach römischer Anschauung zum Besitzesverlust keineswegs unbedingt erforderlich, daß der Vertreibende das Grundstück betritt. Der Vertreibende braucht gar nicht einmal ein dritter zu sein, die Gewaltthat kann auch vom Vertreter des

1) fr. 2 § 1 pro derelicto 41, 7; fr. 43 § 5 de furtis 47, 2.

Besitzers ausgehen. Dies kann sich z. B. in der Weise zutragen, daß der Pächter dem Eigentümer oder dessen Beauftragten den Zutritt verwehrt: so Papinian selber [1]).

Dritter Fall. Eine Besonderheit soll gelten hinsichtlich der Sommer- und Winterweiden, deren Besitz durch bloßen Willen erhalten wird. Hier geht der Besitz nicht schon in dem Augenblicke verloren, wenn ein dritter sie betritt mit dem Vorsatze, Besitz daran zu erwerben, sondern erst dann, wenn der frühere Besitzer hiervon Kunde erhalten hat.

Ist es richtig, daß sich die andern beiden Fälle auf den freiwilligen Besitzesverlust, insonderheit die Einräumung leeren Besitzes bezogen, so können wir diese Besonderheit auch nur hiermit in Verbindung bringen, weil wir sonst allen und jeden Zusammenhang preisgeben. Unterstützt wird diese Annahme noch durch die Parallele „ut enim . . quaeri solet," wo die Ausdrücke soluere und quaerere auf Rechtsgeschäfte, also ebenfalls freiwillige Handlungen hinweisen. Nicht entgegen steht der Ausdruck occupatam: es giebt ein gestattetes und nicht gestattetes [2]), ein rechtliches und ein widerrechtliches occupare [3]).

Ueberblicken wir jetzt noch einmal die gesammte Ausführung Papinian's, so tritt uns in derselben folgender leitende Gesichtspunkt entgegen. Je kräftiger das körperliche Verhältnis entwickelt ist, um so schneller gelangt der Verlustwille zum Abschluß; je weniger kräftig das körperliche Verhältnis, um so mehr Zeit gebraucht der Verlustwille zu seiner Entfaltung. Befindet sich der Besitzer selber auf dem Grundstücke, so tritt der Besitzesverlust sofort mit desfallsiger Erklärung ein. Wird das körperliche Verhältnis durch einen andern ausgeübt, so muß Besitzergreifung von Seiten des dritten hinzukommen. Fehlt nun gar alles körperliche Verhältnis, so muß der bis-

---

1) fr. 18 pr. de ui 43, 16: placebat colonum interdicto uenditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex uoluntate eius missum intrare prohibuerit.

2) Vgl. fr. 1 § 2 Quod legatorum 43, 3.

3) fr. 1 pro derelicto 41, 7; fr. 2 de req. 48, 17.

herige Besitzer auch Kunde von der erfolgten Besitzergreifung erlangt haben.

Ich hob bereits hervor, daß die hier erörterte Stelle bisher wesentlich anders aufgefaßt worden. Namentlich ist fr. 46, soviel ich sehe, von allen Schriftstellern, auf einen unfreiwilligen Besitzesverlust bezogen und mit den Stellen in Verbindung gebracht, die uns im § 14 beschäftigt haben. Die Auffassung dürfte indes um so unhaltbarer sein, als uns hier gleich auf den ersten Blick die allergrößten Verschiedenheiten entgegentreten.

Jene Stellen setzen eine kurze Abwesenheit voraus, hier haben wir eine lange.

In jenen Stellen wird der Besitzer als Zurückkehrender gedacht, davon ist hier keine Rede.

In jenen Stellen tritt der Besitzesverlust nicht schon ein, wenn der alte Besitzer von dem Betreten seines Grundstückes erfahren hat, sondern erst, nachdem er auf Widerstand verzichtet. Hier dagegen ist der Besitzesverlust mit der Kunde, daß ein anderer Besitz ergriffen habe, unmittelbar verknüpft.

In neuerer Zeit ist die herrschende Auffassung am eingehendsten von Leist[1]) verteidigt worden. Leist bringt nach dem Vorgange anderer unsere Stelle in Verbindung mit

Paulus fr. 153 R. J. 50, 17.

> ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.

Dagegen erheben sich folgende Bedenken. In unserer Stelle wird nicht, wie in fr. 153 Besitzerwerb und Besitzverlust, sondern Besitzerhaltung, quorum possessio animo retinetur, und Besitzesverlust einander gegenübergestellt.

In unserer Stelle handelt es sich gar nicht um ein in contrarium agere, sondern um Wissen und Nichtwissen, also Gegenüberstellung zweier passiver Zustände. Der den Verlust

1) Wechselbeziehung, S. 34 flg.

verurſachende animus iſt hier alſo von ganz anderer Beſchaffenheit, wie in fr. 153.

In unſerer Stelle wird kein utrumque, animus et corpus, ſondern lediglich der animus in Betracht gezogen. Zwar erblickt Leiſt in dem Hereinkommen des andern ein corpus, dies wäre aber jedenfalls kein corpus im Sinne des fr. 153. Denn wie wir beim adquiri corpore nur an den Körper des erwerbenden Beſitzers denken können, ſo dürfen wir auch das in contrarium agere nur mit demſelben Körper, und nicht etwa mit dem Körper eines beliebigen andern Menſchen in Verbindung bringen.

Die Worte „tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret“ verſteht Leiſt auf folgende Weiſe:

„Bis dahin ſoll jedenfalls der Beſitz nicht verloren ſein; von da an kann der Beſitz ſogleich (durch Verzicht) aufhören, er kann noch beſtehen bleiben bis zum Zurückgetriebenwerden, er kann ganz ungeändert erſcheinen (wenn man den Occupanten gleich verjagt).“

Darnach wird alſo der Beſitzesverluſt nicht bloß von weiteren Erforderniſſen abhängig gemacht, als in der Stelle angegeben; er ſoll unter Umſtänden auch gar nicht eintreten. Das iſt eine Erklärung, die zwar in der bisherigen Litteratur ihren Stützpunkt findet [1]), die aber gleichwohl als eine höchſt willkürliche bezeichnet werden muß.

Wir haben zu bedenken, daß Papinian vom Beſitzesverluſte handeln wollte. Er wiederholt dies ſogar ausdrücklich für den hier in Frage ſtehenden Fall: „illa quoque possessionis amittendae separatio est.“ Demnach können wir die Worte tamdiu priorem u. ſ. w. nur dahin verſtehen, daß damit die äußerſte Grenze der Beſitzesfortdauer bezeichnet werden ſollte. Würden wir dies nicht annehmen, ſo könnten wir

1) So ſagt z. B. auch Bruns, Beſitzklagen, S. 152, ganz ungeniert: „Dabei muß man zwar unzweifelhaft hinzudenken, daß, wenn man nach der Kenntnis ſofort den Beſitz wieder ergreift, er als nicht verloren gilt.“

Papinian den Vorwurf nicht ersparen: daß er, der vom Besitzesverlust handeln wollte, gerade die Hauptsache fortgelassen hätte, indem er den Zeitpunkt nicht angab, wann der Besitz verloren sein sollte. Dieser Vorwurf wäre aber um so ungerechtfertigter, als Papinian im Schlußsatze durch das dem soluitur parallel gehende tolli deutlich genug ausgedrückt haben dürfte, was er meinte.

Ich muß demnach die Art und Weise, wie Leist unsere Stelle mit fr. 153 R. J. in Verbindung bringt, durchaus verwerfen. Gleichwohl nehme ich selber einen Zusammenhang zwischen beiden Stellen an, nur dürfte derselbe ein wesentlich anderer sein, als Leist sich vorstellt. Die ganze Papinian'sche Ausführung ist nämlich nichts anderes als Anwendung und nähere Bestimmung der von Paulus aufgestellten Regel für Grundstücke. Der Besitz an Grundstücken wird verloren durch ein utrumque in contrarium agere. Dieses utrumque in contrarium agere ist die Einräumung leeren Besitzes. Dieselbe setzt voraus, daß der Besitzer sein Grundstück verläßt: das ist das corpore in contrarium agere. Außerdem muß sein Wille auf Besitzesaufgabe gerichtet sein: animo in contrarium agere. Dies sind die gemeinschaftlichen Voraussetzungen für jede Einräumung leeren Besitzes. Im übrigen sind aber drei Fälle zu unterscheiden. Wurde der Besitz bis zur Besitzesaufgabe vom Besitzer selber körperlich ausgeübt, so tritt sofortiger Besitzesverlust ein. Wurde der Besitz von einem Pächter körperlich ausgeübt, so muß hinzukommen, daß der Pächter denjenigen, der Besitzer werden soll, zugelassen hat. Fand gar keine körperliche Ausübung mehr statt, so muß der frühere Besitzer von der Besitzergreifung Kunde erhalten haben.

§ 19. Fortsetzung.

Die hier versuchte Erklärung von fr. 44 § 2 — fr. 46 A. u. A. P. soll jetzt noch gegen mögliche Einwände sichergestellt werden.

Papinian nimmt in dem Falle sofortigen Besitzesverlust an, wo der Besitz bis zur Besitzesaufgabe vom Besitzer selber

körperlich ausgeübt wurde. Liegt hier eine andere Auffaſſung nicht näher? Hätte Papinian nicht ſagen ſollen: der Beſitz dauert ſo lange fort, bis derjenige, dem er eingeräumt war, das Grundſtück betrat?

Allerdings liegt für uns dieſe Auffaſſung näher. Wie mag ſich dann aber die Papinian'ſche Entſcheidung erklären?

Ich verweiſe zunächſt auf nachſtehende Stellen.

Celsus fr. 18 § 1 A. u. A. P. 41, 2.

Si furioso, quem suae mentis esse existimans (existimas), eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus, rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis. sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter uult quis dimittere, quam si transferat: immo uult dimittere, quia existimat se transferre.

Paul. fr. 1 § 4 eodem.

Si uir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure ciuili non potest: et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

§ 20 ibidem.

si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessione.

Hier tritt uns folgender Gedanke entgegen. Bei der Tradition geht der Beſitz ſelbſt dann verloren, wenn der andere, dem die Sache eingehändigt wurde, gar keinen Beſitz erlangte.

Es iſt viel darüber geſchrieben, ob dieſer Satz richtig ſei.[1])

1) Siehe die Litteratur bei Windſcheid, Bd. 1, § 156, Anm. 10. Dazu aus neuerer Zeit Kindel, Beſrt., S. 270 flg.; Wendt, Fauſtrt., S. 233 flg.; Duncker, Beſitzklage, S. 174 flg.

Sohm[1]) glaubt uns mit dem Ausspruche des Celsus dadurch versöhnen zu können, daß er den fraglichen Fall von einem Besitzesverlust bloß corpore versteht. Nun ist allerdings richtig, daß eine beabsichtigte, aber nicht ausgeführte Volltradition einer beweglichen Sache unter Umständen schon an und für sich einen Verlust corpore enthalten kann. Aber nicht notwendig. Und jedenfalls paßt dieser Grund nicht zum quia existimat se transferre des Celsus.

Kierulff[2]) äußert sich in dieser Beziehung dahin:

„Was ein Tradent will, will er nur in der bestimmten Beziehung und in dem beschränkten Sinn, welchen er gleich anfangs in das körperliche Factum der Tradition hineinlegt."

Ich will dieser Auffassung für die Gegenwart ihre Berechtigung nicht absprechen; eine andere Frage ist aber: ob wir uns vom Standpunkte des positiven römischen Rechtes ohne weiteres über den in den zuletzt angeführten Stellen enthaltenen Satz hinwegsetzen dürfen. Dies muß ich entschieden bestreiten. Andererseits ist es auch gar so schwer nicht, sich zu erklären, wie die Römer zu dieser Auffassung gelangt sind.

Man wird bei der Besitzesübertragung die Besitzesaufgabe auf der einen Seite und den Besitzeserwerb auf der anderen Seite als zwei selbständige Thatsachen betrachtet haben[3]). Und diese Anschauung, die noch für den Fall Justinian'sches Recht geblieben ist, wo eine sofortige Volltradition beabsichtigt war, wird einmal auch bei der Einräumung leeren Besitzes Platz ergriffen haben. Die Annahme ist für diesen Fall um so notwendiger, als das verbindende Element zwischen Besitzesverlust und Erwerb doch immer nur der animus hätte sein können. Dieser kam aber beim Besitzesverlust an Grundstücken ursprünglich gar nicht in Betracht, da jedes Verlassen eines Grundstücks als solches ohne weiteres Besitzesverlust zur Folge hatte[4]).

1) Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsrt., Bd. 17, S. 20, 21.
2) Gem. Civilrt., S. 393.
3) Vgl. Bülow, Proceßeinreden, S. 68, Anm. 67.
4) Siehe unten § 23.

Also ein Besitzer, der sein Grundstück verließ, damit ein anderer daran Besitz erwerbe, hörte mit diesem Augenblicke auf, Besitzer zu sein; der andere erwarb dann den Besitz in dem Augenblicke, wo er das Grundstück betrat: das ist die ältere Auffassung, und Vertreter derselben noch Papinian.

Für den Fall, wo der Besitz vom Besitzer schon längere Zeit nicht mehr körperlich ausgeübt war, wie dies bei den Sommer- und Winterweiden vorkommen konnte, stellten sich Bedenken ein. Sollte hier ebenfalls der Besitz in dem Augenblicke schon verloren sein, wo der Besitzer seinen desfallsigen Willen kundgethan hatte? Es ist doch ein ganz anderes Ding, wenn ein Besitzer von seinem Grundstücke fortzieht und bei dieser Gelegenheit etwa dem Käufer erklärt, daß ihm nunmehr der Besitz eingeräumt sein solle; als wenn der Besitz an einer Alm aufgegeben wurde, die vielleicht schon Monate lang leer stand.

Wir dürfen freilich die Entwicklung, die sich hier vollzogen, nicht mit modernen Augen betrachten: denn uns liegt folgende Vorstellung am nächsten. Will jemand seinen Besitz aufgeben, so muß es ausreichen, was die Innerlichkeit anbetrifft, wenn er seinen desfallsigen Willen erklärt; hat er vorher schon sein Grundstück verlassen, so ist damit der Aeußerlichkeit Genüge geschehen: es liegt also ein Besitzesverlust animo et corpore vor.

Diese Vorstellung stützt sich aber auf Sätze, die nicht von vornherein gegeben waren. Wir haben, statt den modernen Standpunkt einzunehmen, uns die Enwicklung zu vergegenwärtigen, welche das römische Recht durchgemacht hat. So lange es noch keinen Willensbesitz gab, war mit jedem Verlassen des Grundstückes ohne weiteres Besitzesverlust verknüpft. Später entsteht dann der Willensbesitz. Es ist jetzt möglich, ein Grundstück zu verlassen, ohne den Besitz aufzugeben. Aber das Verlassen bleibt noch die Hauptsache, nur daß es jetzt ein doppeltes Verlassen giebt: man geht fort in der Absicht, sich den Besitz zu erhalten, oder um ihn aufzugeben. Hat das Verlassen einmal in der einen oder andern

Weise functioniert, so ist es damit aufgebraucht und kann nicht weiter in Betracht kommen. War also jemand fortgegangen, der sich seinen Besitz erhalten wollte, so ist die reine Innerlichkeit nachgeblieben, und es muß auf Mittel gesonnen werden, wie eine solche Innerlichkeit wieder beseitigt werden kann.

Damit ist erklärt, weshalb das frühere Verlassen des Grundstückes nicht als Mitwirkung beim Besitzesverluste aufgefaßt werden darf. Soll also der frühere Besitzer in Mitleidenschaft gezogen werden, so kann es sich nur um einen inneren Vorgang handeln. Kann es nun aber da etwas Passenderes geben — diese Frage stellt sich uns hier auf's neue in den Weg — als eine auf Aufgabe des Besitzes gerichtete Erklärung?

Gewiß nicht. Aber daß man auf eine derartige Erklärung Rücksicht nahm, ist eine Entwicklung, die erst durchgemacht werden mußte. Wir nehmen auch wahr, wie sich diese Entwicklung bei den Römern vorbereitet. Aber diese Entwicklung ist verhältnismäßig jung: sie geht erst zurück auf Celsus und Marcellus [1]). Außerdem bewegt sie sich zunächst auf einem ganz andern Gebiete: sie greift da Platz, wo ein Besitzer sich noch auf seinem Grundstücke befindet. Unser Gebiet blieb von dieser Bewegung einstweilen verschont. Das ist um so begreiflicher, als auch die auf Erhaltung des Besitzes gerichtete Absicht gar nicht in dieser unverhüllten Gestalt bei den Römern zum Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtungen gemacht, sondern in die Form des Rückkehrwillens gekleidet wurde [2]).

Jedenfalls dürfen wir nicht daran zweifeln, daß die Römer in unserm Falle einen andern Weg eingeschlagen haben. Sie stellen den Willensbesitz in Parallele mit dem Bande der Obligation. Beides sind rein innere Verhältnisse. Das Band der Obligation pflegt, wie es gebunden wird, so auch gelöst zu werden. Der Willensbesitz beruht auf dem Bewußtsein: ich

---

1) fr. 34 pr. A. u. A. P. 41, 2: quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, und dazu unten § 34.

2) Vgl. unten § 25.

bin Beſitzer. Er muß alſo aufhören mit dem Bewußtſein: ich bin kein Beſitzer. Dieſes Bewußtſein tritt beim Beſitzer einer Alm, der ſeinen Beſitz aufgeben wollte, genau in dem Augenblicke ein, wo er erfährt, daß derjenige, an den er den Beſitz übertragen wollte, Beſitz ergriffen habe.

So ſcheint man denn von einem Extrem in's andere geraten zu ſein. Die alte Auffaſſung war die, daß bei Einräumung leeren Beſitzes der Beſitzesverluſt ſofort mit dem Verlaſſen des Grundſtückes eintritt: das ſcheint ein wenig zu früh zu ſein. Hier kommen wir nun auf einen Zeitpunkt nach der Beſitzergreifung: das ſcheint wieder zu ſpät zu ſein.

Außerdem iſt der letztere Zeitpunkt von höchſt unbeſtimmter Natur. Man denke ſich den Beſitzer einer Alm, der als Rentier ſeinen Lebensabend in Rom beſchließen wollte: wann und wie erfährt der nun eigentlich beim Mangel jeglicher Poſt- und Telegraphenverbindung die Thatſache, daß ſein Käufer dort oben auf dem Apennin die Beſitzergreifung vorgenommen hat?

Inzwiſchen machten ſich die Bedürfniſſe des Lebens nach einer andern Richtung hin geltend. Am leichteſten war ein Conflict da möglich, wo der Beſitz für den Beſitzer von einem andern, z. B. einem Pächter körperlich ausgeübt wurde. Wenn nun ein ſolcher Pächter den nicht zuließ, dem leerer Beſitz eingeräumt war: wie dann? Dieſer Fall beſchäftigt

Marcellus fr. 12 de ui 43,16.

> Dixi nihil interesse, colonus dominum ingredi uolentem prohibuisset an emptorem, cui iussisset dominus tradi possessionem, non admisit. igitur — — interdicto locatori obstrictum fore, quem deiecisse tunc uideretur, cum emptori possessionem non tradidit.

Hiernach ſoll es einerlei ſein: ob der Pächter den Eigentümer oder den Käufer zurückweiſt, dem leerer Beſitz eingeräumt war. Wird alſo der Käufer nicht zugelaſſen, ſo ſteht dem Eigentümer das Interdictum de ui gegen den Pächter zu. Der Beſitz geht demnach nicht ſchon in dem Augenblicke verloren, wo dem Käufer leerer Beſitz eingeräumt wurde. Und weiter iſt in dieſem Ausſpruche Marcell's keimartig zugleich der

Satz enthalten: daß da, wo der Pächter sich nicht widersetzt, der Besitz in dem Augenblicke verloren gehe, wo der Käufer das Grundstück betrat.

Diesen Satz sehen wir dann Papinian in unserm fr. 44 § 2 ebenfalls zur Anwendung bringen: eius uero, quod serui uel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus.

Wie Papinian sich hier an Marcell anlehnt, so ist auch die Entscheidung hinsichtlich der Sommer- und Winterweiden nicht sein Eigentum, denn er spricht hier ausdrücklich von einem dictum est.

So hat denn Papinian nur die Ansichten anderer zusammengestellt. Zunächst befinden wir uns auf dem Boden althergebrachter Auffassung, dann Anlehnung an Marcell, zum Schluß das dictum est. Die Zusammenfügung ist nicht ohne Geschick und leitenden Gedanken. Gleichwohl kann sie uns kaum befriedigen: denn wir finden hier einen Fall des Besitzverlustes von drei verschiedenen, sich einander widersprechenden Standpunkten aus beurteilt.

§ 20. Schluß.

Die eben besprochene Stelle Papinian's war entnommen dem 23ten Buche seiner Quästionen. Im 26ten Buche desselben Werkes kommt er noch einmal auf die Marcell'sche Entscheidung zurück.

Papinianus libro uicensimo sexto quaestionum, fr. 18 pr. de ui 43,16.

placebat colonum interdicto uenditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex uoluntate eius missum intrare prohibuerit: neque enim ante omissam possessionem uideri, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset.

Zunächst wiederholt hier Papinian die Marcell'sche Begründung. Sie macht einen etwas laienhaften Eindruck. Es

muß einerlei ſein: ob der Pächter den Eigentümer oder Käufer zurückweiſt. Man fragt dann weiter: warum muß dies einerlei ſein? Eine tiefere Auffaſſung des hier vorliegenden Sachverhältniſſes war erſt Papinian vorbehalten. Er ſetzt Beſitzeserwerb auf der einen, Beſitzesverluſt auf der andern Seite durch den Willen deſſen, der leeren Beſitz einräumte, mit einander in Verbindung. Die Abſicht, den Beſitz aufzugeben, war nur unter der Vorausſetzung gefaßt, daß derjenige, dem leerer Beſitz eingeräumt worden, vom Grundſtücke Beſitz ergriffen hatte. Damit war in durchaus zutreffender Weiſe das Weſen der auf Beſitzesübertragung gerichteten Tradition gekennzeichnet.

Des Papinian'ſchen Gedankens bemächtigt ſich Ulpian in fr. 34 pr. A. u. A. P. 41,2.

sed non puto errantem adquirere: ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub condicione recessit de posessione.

Ulpian unterſcheidet nicht, ob bei Einräumung des leeren Beſitzes der Beſitz, ſei es nun vom Beſitzer ſelber bezw. einem Vertreter, körperlich ausgeübt wurde, oder ob der Beſitzer damals ſchon abweſend war; demnach werden auch wir nicht unterſcheiden wollen, ſondern den Ausſpruch Ulpian's ebenfalls allgemein verſtehen. Innere Gründe, die uns nötigten, die Einräumung leeren Beſitzes im einen Falle anders zu behandeln, als im andern, ſind jedenfalls nicht vorhanden.

Damit dürfte aber auch das Gebiet vollſtändig erſchöpft ſein, wo vom Standpunkte des poſitiven römiſchen Rechtes aus dieſe Auffaſſung Platz greift. Sie iſt alſo namentlich da ausgeſchloſſen, wo ſofortige Volltradition beabſichtigt wurde: jemand händigt z. B. einem Wahnſinnigen, ohne von deſſen Krankheit zu wiſſen, eine Sache ein.

Zu einer ähnlichen Auffaſſung iſt neuerdings Dernburg[1]) gelangt. Aber Dernburg glaubt auf innere Gründe zurückführen zu können, wo ich nur den Anfang einer Entwicklung erblicke. Wer einem Wahnſinnigen, deſſen Krankheit er nicht

1) Pandekten, Bd. 1, § 182, S. 416.

kennt, eine Sache einhändigt, hat keineswegs, wie Dernburg glaubt, einen andern Willen, als derjenige, welcher leeren Besitz einräumt. In beiden Fällen wird Besitz aufgegeben, damit ein anderer ihn erwerbe: keiner von beiden will derelinquieren. Das römische Recht ist hier auf halbem Wege stehen geblieben und einem heutigen Gesetzgeber bleibt vorbehalten, die Entwicklung zu Ende zu führen.

Die zuletzt berührten Stellen bieten in sonstiger Beziehung noch Gelegenheit zu mannigfacher Erörterung dar: das wird in einem andern Zusammenhange geschehen.

Zum Schluß ist auf die Frage einzugehen, wie sich zur Einräumung leeren Besitzes der leere Besitz im allgemeinen, d. h. dritten gegenüber stellt. Hier macht es nun einen Unterschied, ob wir die drei Unterscheidungen Papinian's zur Richtschnur nehmen, oder den Grundgedanken, den Papinian später selber fand, und Ulpian, wie es scheint, schon allgemein anwandte, ebenfalls allgemein anwenden.

Nehmen wir in dem Falle, wo der Besitzer selber bis zur Einräumung leeren Besitzes den Besitz körperlich ausübte, sofortigen Besitzesverlust an, so würde nicht bloß demjenigen gegenüber, dem der leere Besitz eingeräumt war, sondern auch jedem dritten gegenüber sofort leerer Besitz entstehen. Bei Annahme einer Besitzesfortdauer würde dagegen der leere Besitz dritten gegenüber lange Abwesenheit zur Voraussetzung haben.

In dem Falle, wo die Einräumung leeren Besitzes erfolgte, nachdem der Besitzer schon vorher, vielleicht lange Zeit vorher, sein Grundstück verlassen hatte, lag im Falle langer Abwesenheit schon vor Einräumung leeren Besitzes jedem dritten gegenüber leerer Besitz vor. Dieser wird jedenfalls beseitigt, sobald derjenige, dem leerer Besitz eingeräumt war, Besitz ergreift, weil damit die Leerheit des Grundstückes aufhört. Insofern kommt also nichts darauf an, ob wir den Besitz des früheren Besitzers bis zur erhaltenen Kunde fortdauern lassen oder nicht.

In dem dritten Falle, wo beide Ansichten zusammentreffen,

kann überhaupt nicht von leerem Beſitze dritten gegenüber die Rede ſein, da es für dieſe an einer Leerheit des Grundſtückes fehlt.

So bliebe für leeren Beſitz dritten gegenüber nur in Bezug auf den erſten Fall eine Verſchiedenheit übrig. Daß wir uns hier auf Seiten Ulpian's ſtellen, werden wir auch wohl vor den Compilatoren Juſtinian's verantworten können, zumal Ulpian hier nur einen ſpäteren Gedanken Papinian's verallgemeinerte.

§ 21. Zuſammenſtellung und Grundgedanke.

A. Zuſammenſtellung.

Der leere Beſitz kann ſich anlehnen an eine körperliche Beſitzausübung des Beſitzers oder ſeines Vertreters. Bleiben wir zunächſt beim Beſitzer ſtehen.

I. Der Beſitzer kann ſein Grundſtück freiwillig oder unfreiwillig verlaſſen; das freiwillige Verlaſſen kann mit Beſitzesaufgabe verbunden ſein, oder nicht.

1. Das unfreiwillige Verlaſſen kann herbeigeführt ſein durch gewaltthätige Vertreibung oder Naturereigniſſe.

a. Gewaltthätige Vertreibung.

α. Erfolgt die Vertreibung durch phyſiſche Gewalt, ſo tritt ſofortiger Beſitzesverluſt ein; und ſofort entſteht hier auch leerer Beſitz für dritte, ſofern der gewaltthätig Handelnde ſich auf die Vertreibung beſchränkte und keine Beſitzergreifung vornahm.

β. Bei der Furchterregung haben wir drei Fälle zu unterſcheiden.

αα. Der Beſitz kann verloren gehen ſofort mit dem Verlaſſen des Grundſtückes. Hier entſteht ſofort für jeden dritten leerer Beſitz, nicht aber für diejenigen, welche Furcht erregten.

ββ. Dann kann aber auch der Beſitz erſt verloren gehen, wenn diejenigen, welche Furcht erregten, vom Grundſtücke Beſitz ergriffen. Sehen daher dieſe von einer Beſitzergreifung ab, ſo findet gar kein Beſitzesverluſt ſtatt. Soll in dieſem Falle leerer Beſitz für dritte entſtehen, ſo muß lange Abweſenheit des Beſitzers hinzukommen.

γγ. Endlich kann das Grundstück aus Furcht verlassen werden, ohne daß jemand die bestimmte Absicht hatte, den Besitzer zu vertreiben. Hier entsteht selbst demjenigen gegenüber leerer Besitz, vor dem sich der Besitzer fürchtete, vorausgesetzt auch hier, daß er längere Zeit fortblieb.

γ. Besondere Berücksichtigung verdiente die Verhinderung der Rückkehr. Hier bleibt für den leeren Besitz nur der Fall übrig, wo der Zurückkehrende unterwegs festgehalten oder in Schrecken gesetzt wurde, ohne daß bis dahin eine Besitzergreifung von Seiten des Gegners stattgefunden hatte; hinzukommen muß aber auch hier lange Abwesenheit.

b. Bei einer Vertreibung durch Naturereignisse, z. B. eine Ueberschwemmung, stellt sich die Sache so. Ist die dauernde Ueberschwemmung vorüber, so ist der verlorne Besitz zugleich leerer Besitz. Im Falle einer bald vorübergehenden Ueberschwemmung muß, wenn leerer Besitz entstehen soll, lange Abwesenheit des Besitzers hinzukommen.

2. Das freiwillige Verlassen.

a. ohne Besitzesaufgabe.

Hier entsteht durch lange Abwesenheit leerer Besitz. Besitzesverlust ist mit langer Abwesenheit nicht verbunden.

b. Das Verlassen eines Grundstückes mit Besitzesaufgabe kann vorkommen als Dereliction oder Einräumung leeren Besitzes.

α. Bei Dereliction tritt mit dem Verlassen des Grundstückes Besitzesverlust ein, und in demselben Augenblicke entsteht zugleich leerer Besitz.

β. Bei der Einräumung leeren Besitzes kommen für dritte nur zwei Möglichkeiten in Betracht: der Besitzer hatte bis zur Einräumung leeren Besitzes selber den Besitz körperlich ausgeübt, oder es fand in diesem Augenblick überhaupt keine körperliche Besitzesausübung statt. Im ersteren Falle dauert nach der von uns gebilligten Ansicht der Besitz des Einräumenden so lange fort, bis derjenige, dem der Besitz eingeräumt war, vom Grundstücke Besitz ergriff. Leerer Besitz würde lange Abwesenheit, also lange Verzögerung der Besitzergreifung zur Voraus-

ſetzung haben. Im zweiten Falle lag bei langer Abweſenheit ſchon vor Einräumung leeren Beſitzes jedem dritten gegenüber leerer Beſitz vor.

II. Was dann den leeren Beſitz anbetrifft, welcher ſich an die körperliche Beſitzausübung eines Vertreters anlehnt, ſo ſcheidet hier das Verlaſſen mit Beſitzesaufgabe aus.

Freiwilliges Verlaſſen des Grundſtückes von Seiten des Vertreters hat für den Vertretenen keinen Beſitzesverluſt zur Folge; leerer Beſitz entſteht durch lange Abweſenheit.

Die Frage, inwiefern bei der gewaltthätigen Vertreibung eines Vertreters Raum bleibt für den leeren Beſitz, iſt mit denſelben Unterſcheidungen zu beantworten, wie bei der gewaltthätigen Vertreibung des Beſitzers ſelber.

Beſondere Berückſichtigung verlangte der Tod des Vertreters. Hier entſteht bei Leerheit des Grundſtückes ſofort leerer Beſitz, während der Beſitz des Vertretenen fortdauert.

B. Grundgedanke.

Sämmtliche Arten des leeren Beſitzes laſſen ſich auf folgende Grundgedanken zurückführen.

Iſt mit dem Verlaſſen eines Grundſtückes Beſitzesverluſt verbunden, ſo entſteht auch ſofort leerer Beſitz.

Dauert beim Verlaſſen eines Grundſtückes der Beſitz fort, ſo entſteht der leere Beſitz im Falle langer Abweſenheit.

Abgeſehen hiervon entſteht leerer Beſitz durch den Tod des Beſitzers wie ſeines Vertreters. Der leere Beſitz von Todes wegen unterliegt beſondern Regeln und bedarf daher einer beſondern Darſtellung. Der durch Tod des Vertreters entſtehende leere Beſitz iſt dagegen zufolge der von uns gebilligten Anſicht dem leeren Beſitz bei Lebzeiten unterzuordnen.

Die Hauptſtelle für den bei Beſitzesverluſt entſtehenden leeren Beſitz iſt Paulus fr. 4 § 22 de usurpationibus. Die Hauptſtellen für den durch lange Abweſenheit und Tod entſtehenden leeren Beſitz ſind Gai. 2, 51 und die entſprechenden Stellen des Juſtinian'ſchen Geſetzbuches.

Drittes Kapitel.

Stellung des leeren Besitzes in früherer und späterer Zeit.

§ 22. Vorbemerkung.

Bisher betrachteten wir uns den leeren Besitz vorzugsweise vom Standpunkte des späteren Rechtes aus. Seine Stellung ist aber zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene gewesen.

Ich sage absichtlich: seine Stellung ist eine verschiedene gewesen. Bei dem leeren Besitz tritt uns nämlich die eigentümliche Erscheinung entgegen, daß seine allgemeinen Voraussetzungen stets dieselben geblieben sind; gleichwohl ist seine Stellung eine andere geworden, weil sich die Welt um ihn herum veränderte.

Der leere Besitz ist ein konservativer Begriff in fortschrittlicher Umgebung; und diese fortschrittliche Umgebung ist vor allen Dingen der Besitzesbegriff.

Wir haben in dieser Beziehung eine ältere und eine spätere Auffassung zu unterscheiden.

Der spätere Zustand bahnt sich an durch eine doppelte Entwicklung.

Einerseits wird möglich Besitzesfortdauer ohne körperliche Ausübung von Seiten des Besitzers. Zunächst in der Weise, daß die körperliche Ausübung durch einen andern gestattet wird; ein körperliches Verhältnis vertritt das andere. Sodann macht sich die Auffassung geltend, daß der Besitz auch durch bloßen Willen erhalten werden könne; und in dieser Beziehung haben wir wiederum verschiedene Stufen zu unterscheiden.

Andererseits dringt die Auffassung durch, daß der Besitz trotz fortdauernden körperlichen Verhältnisses verloren gehen könne.

Um nun die verschiedene Stellung des leeren Besitzes in früherer und späterer Zeit darlegen zu können, werde ich vom alten Besitzesbegriffe auszugehen haben. Sodann ist die Entwicklung

des Besitzesbegriffes zu schildern: unter besonderer Berücksichtigung der Besitzesfortdauer einerseits, wie des Besitzesverlustes andererseits. Denn darum handelt es sich beim leeren Besitze vor allen Dingen: daß wir uns in jeder Beziehung klar werden über sein Verhältnis zum Besitzesverlust.

Auf Grund dieser Untersuchungen wird sich die verschiedene Stellung des leeren Besitzes zu den verschiedenen Zeiten von selber ergeben.

I. § 23. Aelterer Zustand.

Unter Besitz an Grundstücken hat man nicht immer dasselbe verstanden; und mit der Entwicklung dieses Begriffes hat sich dann auch das Verhältnis von Besitzesverlust und leerem Besitze verschoben.

Gajus [1]) gedenkt einer Streitfrage: ob der Besitz an einem Grundstücke durch bloßen Willen erhalten werden könne. Die meisten, plerique, nahmen dies zu seiner Zeit zwar an; an Andersdenkenden kann es also nicht gefehlt haben. Diese Andersdenkenden hielten demnach das körperliche Verhältnis beim Besitz an Grundstücken für so wesentlich, daß sie in dessen Aufhören einen Besitzesverlust erblickten.

Eine von beiden Ansichten muß die ältere sein. Wir greifen wohl schwerlich fehl, wenn wir für die ältere Ansicht diejenige ausgeben, welche zur Zeit des Gajus nur noch vereinzelte Anhänger fand. Darnach haben wir denn für die alte Zeit die Möglichkeit ganz bei Seite zu setzen, daß durch bloßen Willen ein Besitz an Grundstücken erhalten werden konnte. In alter Zeit beruhte der Besitz an Grundstücken lediglich auf dem körperlichen Verhältnisse. Dieses körperliche Verhältnis besteht in dem Verweilen auf dem Grundstücke. So lange war jemand Besitzer, als er sich auf seinem Grundstücke befand; mit dem Verlassen desselben hörte sein Besitz auf.

Meischeider [2]) erklärt freilich einen solchen Satz für

1) Gai. 4, 153.

2) Besitz, S. 325.

unmöglich. „Wie sollten die Römer", ruft er aus, „sich dahin haben verirren können, dem Begriffe des Besitzes einen so durchaus unverwertbaren Inhalt zu geben?"

Dem mag zunächst eine Behauptung Ihering's[1]) gegenüber gestellt werden, die dieser, freilich in einem andern Zusammenhange, vorbringt.

„Es ist bekannt, daß die Rechtsbegriffe bei ihrem ersten historischen Auftreten häufig eine beschränkte Gestalt an sich tragen, die hinter ihrer eigentlichen Bestimmung und Aufgabe weit zurückbleibt, und von der sie sich erst im Laufe einer längeren Entwicklung frei machen."

Die Möglichkeit dessen, was Meischeider für unmöglich hält, wird nicht bloß durch die angeführte Gajusstelle bewiesen; die ganze Entwicklung, welche der römische Besitzesbegriff genommen hat, weist auch mit Notwendigkeit darauf hin, daß wir in dem körperlichen Besitze den Ausgangspunkt zu suchen haben.

Ich gebe bereitwillig zu, daß der Besitzesbegriff, wie ihn die alte Zeit geschaffen hatte, als ein recht schwerfälliger und unbeholfener erscheint; möchte auch bezweifeln, daß ein solcher Besitzesbegriff jemals im Stande gewesen sein wird, den Bedürfnissen des Lebens zu genügen. Daraus folgt nur nicht, daß die römische Wissenschaft diesen Begriff nicht gleichwohl aufgestellt hätte. Man wird in alter Zeit die Bedürfnisse des Lebens noch nicht so scharf beobachtet, auch wohl hier und da ein Auge zugedrückt haben. Als sich dann aber die Bedürfnisse des Lebens kräftiger geltend machten, war man genötigt, für eine Entwicklung die Form zu finden.

Betrachten wir uns jetzt vom Standpunkte des alten Besitzes aus die Begriffe leerer Besitz und Besitzesverlust.

Der leere Besitz hat ein leeres Grundstück und die Möglichkeit gewaltfreier Besitzergreifung zu seiner Voraussetzung. Das leere Grundstück als solches genügt nach altem Rechte schon zum Besitzesverlust. Also ist ursprünglich der leere Besitz nur eine Unterart des Besitzverlustes gewesen.

1) Grund des Besitzesschutzes[2], S. 103.

In der ältesten Stelle, die vom leeren Besitze handelt, Rhet. ad Her. 4, 29 § 40, wird anlangend die Besitzesfrage hervorgehoben, daß der Gegner wegen Gegenwart des Besitzers das Grundstück unmöglich als leeres in Besitz genommen haben könne, also bleibe nur gewaltsame Vertreibung übrig [1]). Darnach sind die beiden einzigen Verlustgründe des Besitzes: leerer Besitz und gewaltsame Vertreibung.

Die alte Anschauung reicht, wie wir sahen, noch in die Zeit des Gajus hinein. Diese Zähigkeit, mit der man an dieser Vorstellung festhielt, läßt es mindestens als wahrscheinlich erscheinen, daß sie sich in einer Rechtsregel verkörpert haben wird. Vielleicht ist uns diese Rechtsregel, wenn auch etwas modernisirt, erhalten bei

Paulus fr. 3 § 9 A. u. A. P. 41, 2.

constat possidere nos, donec aut nostra uoluntate discesserimus aut ui deiecti fuerimus.

Der Umstand, daß wir noch Paulus dieselbe handhaben sehen, darf uns nicht irre machen. Denn das ist so römische Art, neue Vorstellungen mit alten zu durchweben. Die Regel paßt genau für die alte Zeit, namentlich wenn wir uns nostra uoluntate als modernen Zusatz hinwegdenken. Für die Zeit des Paulus paßt dagegen diese Regel selbst in ihrer modernen Gestalt nicht [2]). Dessen Auffassung spiegelt weit besser ein anderer Ausspruch wieder: possessionem amittimus multis modis [3]).

Bei der gewaltsamen Vertreibung kann die Sache so liegen, daß der Vertreibende sich hierauf beschränkt und die Besitzergreifung unterläßt. Es wird dies aber immer ein seltener Fall sein, und es erscheint fraglich, ob man in alter Zeit diese Möglichkeit schon erwogen hat.

Sehen wir nun von diesem seltenen Falle ab, so erhalten wir für den Besitzesverlust des alten Rechtes folgenden einfachen Grundgedanken.

Der Besitz geht verloren, indem man von selber das

1) Siehe oben § 3, S. 19.

2) Vgl. Bangerow, Pand., Bd. 1⁷, § 209, S. 381.

3) Paul. fr. 30 § 1 A. u. A. P.

Grundstück verläßt oder gewaltsam vertrieben wird. Im ersteren Falle liegt leerer Besitz vor.

II. Späterer Zustand.

A. Entwicklung des Besitzbegriffes.

AA. Besitzesfortdauer ohne körperliche Einwirkung von Seiten des Besitzers.

1. § 24. Stellvertretung des Besitzers in körperlicher Beziehung.

I. Der Entwicklungsgang.

Die erste Fortbildung des Besitzes an Grundstücken, wie wir ihn für die alte Zeit haben kennen lernen, wird die gewesen sein: daß man dem Besitzer die körperliche Ausübung durch andere gestattete. In dieser Beziehung ist man zunächst aber auch nur schrittweise vorgegangen.

Ihren Ausgangspunkt hat diese Entwicklung allem Anscheine nach vom Sklaven genommen. Das klingt noch durch bei

Pomp. fr. 25 § 1 A. u. A. P. 41, 2.

nec inter colonum et seruum nostrum, per quem possessionem retinemus, quicquam interest.

Der vermittelnde Gedanke war hier der Besitz am Sklaven.

Afric. fr. 47 A. u. A. P. 41, 2.

cuius corpore ceteras quoque res possumus possidere.

Was vom Sklaven, gilt auch vom Hauskinde.

Paulus (Pomponius) fr. 31 § 3 de usurp. 41, 3.

Si seruus meus uel filius peculiari uel etiam meo nomine quid tenet, ut ego per eum ignorans possideam.

Der vermittelnde Gedanke war also jetzt das Gewaltverhältnis geworden. Vielleicht deckten sich in alter Zeit einmal Besitz und Gewaltverhältnis. Diesen Punkt kann ich hier freilich nicht näher ausführen.

Auf diesen neuen vermittelnden Gedanken, der freilich ebenfalls wieder überholt wurde, bezieht sich auch

Gai. 4, 153.

licet is nostro iuri subiectus non sit.

Von gewaltfreien Personen scheint der Pächter der erste gewesen zu sein, den man hier zur Erhaltung des Besitzes benutzte. Darauf zeigt schon die zuerst angeführte Stelle hin; hierfür spricht ferner

Africanus fr. 40 § 1 A. u. A. P.

propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur.

Dem Cicero war diese Rechtsbildung bereits bekannt.

Cicero pro Caecina 32, 94.

si Caesennia tum possidebat, cum erat colonus in fundo.

Noch in späterer Zeit wird gerne der Pächter beispielsweise genannt, teils allein, teils neben dem Sklaven.

Papinianus fr. 45 A. u. A. P.

licet neque seruum neque colonum ibi habeamus.

Paulus fr. 3 § 8 eodem.

quod si seruus uel colonus, per quos corpore possidebam.

fr. 3 § 12 ibidem.

sicut diximus per colonum et seruum.

Paulus fr. 30 § 5 eodem.

Quod per colonum possideo.

Den Uebergang zu dieser Rechtsbildung könnte der Sklave gebildet haben, der schon thatsächlich für das zu bebauende Grundstück Pacht zahlte [1]), und dem bei seiner Freilassung die Pachtung gelassen wurde.

Labeo fügt den Erben des Pächters und den Mieter hinzu.

Labeo fr. 60 § 1 Loc. Cond. 19, 2.

Heredem coloni . . domino possidere existimo.

Labeo fr. 20 de ui 43, 16.

idem si inquilinus tuus ui deiectus fuerit.

1) Alfenus fr. 16 de in rem uerso 15, 3. Quidam fundum colendum seruo suo locauit. Ulp. fr. 12 § 3 de instructo uel instrumento leg. 33, 7. Quaeritur, an seruus, qui quasi colonus in agro erat, instrumento legato contineatur. et Labeo et Pegasus recte negauerunt. Scaeuola fr. 20 § 1 eodem. Stichus seruus — — si — — mercede, ut extranei coloni solent, fundum coluisset.

Pächter und Mieter neben einander nennen

Gai. 4, 153.

qualis est colonus et inquilinus.

Paul. fr. 31 § 3 de usurp.

idemque in colono et inquilino, per quos possidemus, dicendum est.

Pomponius fr. 25 § 1 A. u. A. P.

Et per colonos et inquilinos possidemus.

Letzterer reiht gleichzeitig den Afterpächter und Aftermieter an.

aut alii locent.

Ebenſo Paulus fr. 20 de ui.

idem dici potest de coloni colono, item inquilini inquilino.

der dann die Reihe noch weiter fortſetzt in

fr. 30 § 6 A. u. A. P.

idem erit, si colonus meus fundum locauerit, . . et id quamlibet per plurium personam factum obseruandum ita erit.

Gajus in ſeinem Provinzialedicte hatte Veranlaſſung, des procurator, hospes und amicus zu gedenken.

Gaius libro uicensimo quinto ad edictum prouinciale fr. 9 A. u. A. P.

ueluti procurator, hospes, amicus.

Bei Ulpianus fr. 1 § 22 de ui finden wir Sklave, Procurator und Pächter neben einander geſtellt.

In c. 12 pr. de A. et R. P. tritt noch hinzu der Mieter. Allein erwähnt wird die habitatio bei Gai. 4, 153.

Bei Ulpianus fr. 6 § 2 de prec. 43, 26 treffen wir Detentions-Precariſten und Nießbraucher neben Pächter und Mieter an. Das Detentions-Precarium [1]) ſcheint überhaupt entſtanden zu ſein, um dem Geber des Precarium den vollen Beſitz zu erhalten.

In den bisherigen Stellen war Vorausſetzung, daß der Beſitz für einen Eigentümer ausgeübt wurde. Nun können aber Beſitz und Eigentum aus einander fallen. Somit iſt die

1) Vgl. über dasſelbe noch fr. 21 de precario.

Möglichkeit gegeben, daß der Eigentümer ſelber als Vertreter eines andern Beſitzers erſcheint. Dieſe Entwicklung hat ſich ebenfalls bei den Römern vollzogen.

Tertullianus fr. 28 A. u. A. P. 41, 2.

nam etsi rem meam tu possideas et ego emam a te possessionem eius rei uel stipuler, utilis erit et emptio et stipulatio, et sequitur, ut et precarium et conductio (meae rei utiliter fiant, ubi) specialiter possessionis solius conducendae uel precario rogandae animus interueniat.

Inſonderheit kann es vorkommen, daß der Eigentümer den Beſitz eines dinglich Berechtigten ausübt.

Marcianus fr. 37 A. u. A. P.

Re pignoris nomine data et possessione tradita, deinde a creditore conducta conuenit, ut is, qui hypothecam dedisset, pro colono in agro, (in) aedibus autem pro inquilino sit: per eos creditor possidere uidetur [1]).

So ſehen wir denn, wie bei den gewaltfreien Perſonen ein Verhältnis nach dem andern für die hier in Frage ſtehende Stellvertretung herangezogen wird. Auch bleibt man keineswegs bei den eigentlichen Rechtsverhältniſſen ſtehen. Denn wenn zwar der hospes ſich noch innerhalb dieſer Linie bewegt, ſo dürfte ſie doch beim amicus bereits überſchritten ſein; man müßte denn dieſen amicus ebenfalls als Gaſtfreund auffaſſen wollen [2]).

Gajus, der uns dieſe beiden Beiſpiele bringt, iſt zugleich inſofern bemerkenswert, als ſich bei ihm zuerſt ein allgemeiner Ausdruck für dieſe Stellvertretung findet.

Gai. fr. 9 A. u. A. P. 41, 2.

Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, ueluti procurator hospes amicus, nos possidere uidemur.

Gai. 4, 153.

Possidere autem uidemur non solum si ipsi possi-

1) Vgl. Paulus fr. 37 de pign. act. 13, 7.

2) Vgl. Mommſen, Röm. Forſchungen, Bd. 1², S. 328, 329.

deamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit.

Ferner erfahren wir aus der letztern Stelle, daß sich der Satz zu einem Rechtssprichworte gestaltet hatte:

et hoc est quod uolgo dicitur, retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione [1]).

In anderer Weise allgemein drücken sich aus

Ulp. fr. 1 § 22 de ui 43, 16.

et si quis igitur alius, per quem possidebam,

und Justinian in

c. 12 pr. A. et R. P. 7, 32.

uel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere.

II. Nähere Voraussetzungen.

Es handelt sich hier um eine Vertretung in körperlicher Beziehung. Der Körper des Vertreters ist es, welcher den Körper des Besitzers vertreten soll.

Aber jeder, der sich auf einem Grundstücke befindet, ist darum noch nicht Vertreter des Besitzers. Es bedarf in dieser Beziehung erst eines geistigen Bandes, welches zwischen denselben besteht. Dies Band war bei den Römern teils ein Gewaltsverhältnis, teils ein Verhältnis anderer Art. Das Gewaltsverhältnis lasse ich hier bei Seite. Das bei gewaltfreien Personen erforderliche Verhältnis führt schließlich auf den Willen der Betreffenden zurück. So haben wir dann doch wieder zu unterscheiden zwischen Wille und Körper.

1. Der Wille des Vertreters.

Wir haben gefunden, daß das bei gewaltfreien Personen erforderliche Verhältnis gar nicht notwendig dem eigentlichen Rechtsgebiete anzugehören braucht, wenn man den amicus so allgemein verstehen will. Dieser Umstand, verbunden mit der allgemeinen Ausdrucksweise des Gajus „quisquis omnino nostro nomine sit in possessione", scheint den Gedanken

1) Etwas anders ist die Fassung § 5 de interdictis 4, 15.

nahe zu legen: daß für diese Stellvertretung ein abstracter Detentionswille ausreichend sein müsse. Dies ist sogar, wenn ich mich nicht täusche, eine Voraussetzung, von der man bisher, wenn auch nicht ausgesprochenermaßen, so doch stillschweigend meistens ausgegangen ist. Gleichwohl bedarf die Frage einer näheren Untersuchung: ob wir diesen abstracten Detentionswillen dem römischen Rechte aufbürden dürfen. Von entscheidender Bedeutung möchte folgende Stelle sein.

Javolenus fr. 21 de usurp. 41, 3.

si is, qui pro herede fundum possidebat, domino eum locauit, nullius momenti locatio est, quia dominus suam rem conduxisset: sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit, ideoque longi temporis praescriptio non durauit.

Der Mieter ist einer von den Personen, welchen gestattet ist, für den Besitzer den Besitz körperlich auszuüben [1]). Ist nun der Mietsvertrag nichtig, weil dem Eigentümer selber vermietet wurde, so ist kein Mieter vorhanden. Also, schließt Javolen, fehlt es an einer zur Besitzesausübung geeigneten Persönlichkeit, und deshalb geht der Besitz verloren.

Diese Stelle beweist zunächst, daß jedenfalls dem Javolen ein abstracter Detentionswille ein unbekanntes Ding ist. Es giebt eine Reihe von Verhältnissen, die den Körper eines andern tauglich machen, dem Besitzer den Besitz zu erhalten. Versagt aber ein derartiges Verhältnis, so versagt damit auch die Stellvertretung in der Besitzesausübung.

Das ist die Ansicht Javolen's. Und wenn wir nun weiter um uns blicken: liegt irgend etwas vor, das uns berechtigte, diese Ansicht einfach bei Seite zu schieben? Sofern die körperliche Stellvertretung vorliegt, gewiß nicht. Denn daß in den Quellen nirgends von einem abstracten Detentionswillen die Rede, wir vielmehr fortwährend auf die concreten Verhältnisse hingewiesen worden: spricht doch sicherlich nur für Javolen. Aller-

1) Vgl. Javolen selber in fr. 17 de per. et com. 18, 6. cuius possessio per locationem retinetur.

dings streifen diese Verhältnisse vielleicht über das eigentliche Rechtsgebiet hinaus; darum bleibt aber doch immer wahr, daß ein Verhältnis irgend welcher Art vorhanden sein muß. Auch das nostro nomine in possessione esse des Gajus braucht uns in keiner Weise besorgt zu machen. Denn nur das ist nach römischer Anschauung ein nostro nomine in possessione esse, welches sich auf ein concretes Verhältnis stützt. Und deshalb wird auch von Justinian in c. 12 pr. A. et R. P. 7, 32 ausdrücklich hervorgehoben: per quem licentia est nobis possidere.

Von diesem Gesichtspunkte aus dürfte sich ferner folgende Stelle erklären, die sich zwar auf bewegliche Sachen bezieht, aber um so bemerkenswerter erscheint, als sie uns einen Blick in die Gedankenwelt der römischen Praxis gestattet.

Africanus fr. 40 § 3 A. u. A. P. 41, 2.

Si seruum meum bonae fidei emptori clam abduxerim, respondit non uideri me clam possidere, quia[1]) neque precarii rogatione neque conductione suae rei dominum teneri et non posse causam clandestinae possessionis ab his duabus causis separari.

Ein Eigentümer, der einem gutgläubigen Besitzer gegenüberstand, konnte nichts Klügeres thun, als diesem die Sache abzumieten, oder sich als Precarium einräumen zu lassen. Wollte der gutgläubige Besitzer seine Sache wieder haben, so erklärte er: von Miete und Detention sowie Precarium kann keine Rede sein. Auch das Interdictum Utrubi mußte versagen, wenn die erforderliche Zeit abgelaufen war: denn in einem derartigen Verfahren erblickten die Römer keine heimliche Besitzergreifung.

Hieran reiht sich nun die Folgerung African's. Ist dies richtig, so muß man auch den schützen, der geradeswegs auf

1) Statt quia schlägt Mommsen quin vor. Das würde eine Steigerung des Gedankens einleiten, während eine Begründung folgt. Der Zusammenhang erfordert also quia. Vielleicht hat Mommsen am folgenden Infinitiv Anstoß genommen. Derartiges kommt aber auch sonst vor, z. B. bei Liuius 26, 27, 12 quia uagari. Vgl. zu dieser Stelle Weißenborn und wegen der Construction überhaupt Ramshorn, Lat. Gramm. 1830, S. 798—800.

sein Ziel losgeht und ohne weiteres die Sache heimlich an sich nimmt.

Es verhält sich also mit diesem abstracten Detentionswillen ähnlich, wie mit dem abstract-dinglichen Vertrage, zu dem man die Eigentumstradition hat machen wollen. Nicht nur Ulpian in fr. 18 pr. R. C. 12, 1, Paulus in fr. 31 pr. A. R. D.[1]), sowie die Kaiser Diocletian und Maximian in c. 24 R. V. 3, 32 sagen das gerade Gegenteil[2]) — und diese Aussprüche dürften die Justinian'schen Compilatoren jedenfalls für die maßgebenden gehalten haben — auch Julian in fr. 36 A. R. D. 41, 1 hat dem abstract-dinglichen Vertrage sehr ferne gestanden: denn Julian verlangt doch mindestens einen putativen Titel. Wir stoßen hier also auf dieselbe Streitfrage, wie bei der Ersitzung[3]). Und, wie bei der Ersitzung[4]), so hat auch hier die strengere Ansicht den Sieg davongetragen. Zudem ist kaum glaublich, daß Julian jeden putativen Titel für ausreichend gehalten hätte[5]).

Kindel[6]) hält die Javolen'sche Entscheidung für ganz natürlich und wundert sich, daß man daran Anstoß genommen hat. Allein jeder, der vom abstracten Detentionswillen ausging, mußte daran Anstoß nehmen. Ferner hält Kindel ohne weiteres den Besitzesverlust, den Javolen eintreten läßt, ebenfalls für natürlich; meine Bemerkungen beziehen sich hier nur auf die körperliche Vertretung für die Besitzesfortdauer, im allgemeinen kommen auch noch andere Gesichtspunkte in Betracht, wie wir später sehen werden.

1) Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si uenditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Vgl. dazu Lenel, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, röm. Abt. Bd. 16, S. 114, 115.

2) Vgl. ferner Ulp. 19, 7 Traditio propria est alienatio rerum nec mancipii. harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis. Gai. 2, 20, und im allgemeinen Bernhöft, der Besitztitel, S. 57 flg.

3) fr. 27 de usurp. 41, 3.

4) Die Sache ist freilich streitig. Vergl. neuerdings wiederum Dernburg, Pand. Bd. 1, S. 503.

5) Eisele in Jhering's Jahrbüchern, Bd. 23, S. 1 flg.

6) Grundlagen des röm. Besrts. S. 279.

2. Der Körper des Vertreters.

Die Römer heben mit einem gewissen Nachdrucke hervor, daß eine Vertretung in körperlicher Beziehung stattfinde.

Julianus fr. 33 § 6 de usurp. 41, 3.

nam conductio idem praestat, quod si apud creditorem res esset: possidet enim hoc casu creditor.

Statt des quod si der Florentina scheint Mommsen die Lesart quasi zu befürworten. Wir haben aber kaum nötig, hier von der Florentina abzugehen. Der Satz „si apud creditorem res esset" vertritt die Stelle eines Abstractums: Detention beim Gläubiger.

Paulus fr. 3 § 12 A. u. A. P. 41, 2.

Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus.

Nun haben wir aber soeben gesehen, daß der Wille des Vertreters ebenfalls einige Beachtung verdiene: liegt da nicht ein Widerspruch vor?

Allein der Wille ist nur das geistige Band, welches den einen Körper zunächst zum andern in Beziehung setzt. Ist dieses einmal geschehen, so ist ein Wille nicht weiter erforderlich, und insofern handelt es sich hier doch um eine rein körperliche Vertretung. Für die Dauer ist auch ein schlafender, selbst ein wahnsinniger Vertreter völlig ausreichend.

Paul. (Pomponius) fr. 31 § 3 de usurp. 41, 3.

Si seruus meus uel filius peculiari uel etiam meo nomine quid tenet, ut ego per eum ignorans possideam uel etiam usucapiam: si is furere coeperit, donec in eadem causa res fuerit, intellegendum est et possessionem apud me remanere et usucapionem procedere, sicuti per dormientes quoque eos idem nobis contingeret. idemque in colono et inquilino, per quos possidemus, dicendum est.

Pomp. fr. 25 § 1 A. u. A. P. 41, 2.

Et per colonos et inquilinos . . possidemus: et si . . furere incipiant . . intellegimur nos retinere possessionem.

Ferner braucht im Falle einer Aftermiete der Aftermieter gar nicht die Absicht zu haben, für den Vermieter seines Vermieters detinieren zu wollen: er weiß vielleicht gar nicht einmal etwas von dem Mietsverhältnisse seines Vermieters.

Paul. fr. 30 § 6 A. u. A. P. 41, 2.

Si ego tibi commodauero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilominus ego id possidebo. et idem erit, si colonus meus fundum locauerit . . . et id quamlibet per plurium personam factum obseruandum ita erit[1]).

Das körperliche Verhältnis ist für die Zukunft so sehr die Hauptsache, daß ein später gefaßter entgegengesetzter Wille des Vertreters gar nicht ohne weiteres in Betracht kommt.

Paul. fr. 32 § 1 A. u. A. P.

Si conductor rem uendidit et eam ab emptore conduxit et utrique mercedes praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet.

Bekker[2]) meint freilich: „Der Käufer hat alles, was Savigny und was irgend andere zum Besitzerwerb fordern.“[3]). Er findet es auch nur „harmloser“, daß der Besitz andauert, wenn die Mittelspersonen schlafen oder wahnsinnig werden.

Noch weniger bedeutete der entgegengesetzte Wille eines Sklaven.

Africanus fr. 40 pr. A. u. A. P.

Si de eo fundo, quem, cum possiderem, pignori tibi dedi, seruus tuus te deiciat, adhuc te possidere ait, quoniam nihilominus per ipsum seruum possessionem retineas.

---

1) Anders wenn der Proprietär den gemieteten Nießbrauch weiter vermietet. Vgl. fr. 29 pr. Quib. mod. 7, 4. sed si proprietarius eum locasset suo nomine, dicendum amitti: non enim meo nomine fruitur colonus.

2) Recht des Besitzes, S. 221.

3) Vgl. darüber unten § 41 gegen Ende.

2. Erhaltung des Besitzes durch den Willen des Besitzers.

a. Voraussetzungen.

aa § 25. Erste Stufe.

In Anlehnung an die Entwicklung, welche wir im vorigen Paragraphen kennen lernten, hat sich der Satz gebildet: daß der Besitz an Grundstücken durch den Willen des Besitzers erhalten werden könne. Die Hauptstelle hierüber ist

Gai. 4, 153.

> Quin etiam plerique putant animo quoque (retine)ri possessio(nem, id est, ut quamuis neque ipsi simus in possessione) neque nostro nomine alius, tamen si non relinquendae possessionis animo sed postea reuersuri inde discesserimus, retinere possessionem uideamur.

Die Stelle ist uns zwar nicht ganz lückenfrei erhalten; die hier von Krüger und Studemund, sowie im wesentlichen auch von Huschke, vorgenommenen Einschaltungen dürften indes angesichts des § 5 de interd. 4, 15 wesentlichen Bedenken nicht unterliegen. Die Justinian'schen Institutionen geben hier nämlich Gajus mit geringen Abweichungen wieder: Hauptabweichung ist, daß plerique putant dem bestimmteren placet hat weichen müssen.

Die Sache war zur Zeit des Gajus noch nicht ganz zweifellos, wie das plerique putant beweist. Und das ist leicht erklärlich. Allerdings war der von Alters her überlieferte Besitzesbegriff ein sehr unbeholfener, und seine Fortbildung dringendes Bedürfnis. Hier stand aber ein Fortbildungsversuch in Frage, der sich zwar zunächst noch innerhalb gewisser Schranken bewegte, der aber doch einen ganz neuen Gedanken in sich barg und so leicht zu einer völligen Umgestaltung des alten Besitzes hätte führen können. Begreiflich also, daß noch zu Gajus' Zeiten manche dem unbeholfenen Alten den Vorzug gaben vor einer Neuerung, deren Tragweite sich gar nicht übersehen ließ.

Der Fortbildungsversuch bewegte sich zunächst innerhalb

enger Schranken: das ist ein Punkt, der jetzt einer näheren Erörterung bedarf, da er bisher die gebührende Berücksichtigung nicht gefunden hat.

Es lehnt sich diese Entwicklung an die Stellvertretung des Besitzers in körperlicher Beziehung, von der Gajus unmittelbar vorher gesprochen hat. Mit Bezug hierauf heißt es: quamuis .. neque nostro nomine alius (sit in possessione). Dieses Gebiet läßt der Willensbesitz zunächst ganz unberührt, wovon schon die Rede war [1]).

Der auf Erhaltung des Besitzes gerichtete Wille erfährt in zweifacher Hinsicht eine nähere Bestimmung: in positiver und negativer Weise.

Der Besitzer muß fortgegangen sein non relinquendae possessionis animo. Dies dürfen wir nicht etwa verstehen von einer Absicht, den Besitz aufzugeben. Relinquere heißt verlassen, und diesem Begriffe entsprechend, können wir die daneben erwähnte possessio nur auf die concrete Besitzung, nicht den abstracten Besitz beziehen. Es darf also der Besitzer nicht die Absicht haben, sein Grundstück zu verlassen. Nun ist aber ein Fortgehen ohne Verlassen des Grundstückes überhaupt nicht möglich. In diesem allgemeinen Sinne können wir relinquere also auch nicht nehmen, sondern müssen es beschränken auf das dauernde Verlassen. Darauf weist uns auch das jetzt zu besprechende positive Merkmal hin.

Die nähere Bestimmung des Besitzeswillens in positiver Hinsicht ist enthalten in dem postea reuersuri. Der Besitzer muß den Rückkehrwillen haben. Ein solcher Rückkehrwille kann eine kurze oder lange Spanne Zeit umfassen. Wir greifen wohl schwerlich fehl, wenn wir annehmen, daß diese Entwicklung von der kurzen Zeit ihren Ausgangspunkt genommen habe. Wenigstens wird uns so leichter verständlich die scharfe Trennung zwischen dem Willensbesitz und der Besitzesfortsetzung durch Detentoren: denn im weiteren Sinne ist ja auch jeder Verpächter und wer sonst durch andere körperlich den Besitz ausüben läßt, ein postea reuersurus.

1) Vgl. oben § 7.

Bisher hatte jedes Verlassen eines Grundstückes Besitzesverlust zur Folge. Jetzt wird unterschieden zwischen Verlassen mit Rückkehrwillen und ohne Rückkehrwillen.

Dabei verdient hervorgehoben zu werden, daß der zur Besitzerhaltung beim Verlassen eines Grundstücks erforderliche Rückkehrwille eine besondere Willenshandlung ist. Da Kinder und Wahnsinnige einer solchen nicht fähig sind, so folgt, daß sie ursprünglich nicht im Stande waren, sich den Besitz an einem Grundstück, das sie verließen, zu erhalten. Der Satz ist zwar in den Quellen nicht enthalten; dies erklärt sich daraus, daß sich das Recht in dieser Beziehung geändert hat, wie wir gleich im folgenden Paragraphen sehen werden. Er ergiebt sich aber mit logischer Notwendigkeit, sobald wir annehmen, daß die römischen Rechtsgelehrten ebenfalls logisch gedacht haben. Und wenn uns dieser Satz auch nicht ausdrücklich aufbewahrt, so dürften sich doch noch einige Spuren davon erhalten haben.

Dahin rechne ich zunächst den Ausspruch von Labeo in fr. 78 § 1 C. E., wonach ein Mündel seinem eigenen Vormunde dadurch leeren Besitz einräumen kann, daß er mit seinen Sklaven das Grundstück verläßt. Die Stelle wird uns später noch näher beschäftigen müssen.

Damit bringe ich ferner in Zusammenhang die Ansicht der Sabinianer, daß ein Unmündiger nicht einmal den Besitz ohne Gegenwart und Mitwirkung des Vormundes veräußern könne [1]). Daß ein Unmündiger durch Verlassen des Grundstückes seinen Besitz zu verlieren nicht im Stande sei, werden sie schwerlich behauptet haben. Denn was ein Kind vermochte, dürfte einem Unmündigen, der die Jahre der Kindheit bereits überschritten hatte, nicht verwehrt gewesen sein. Aber die Sabinianer wollten hervorheben, daß ein solcher Besitzesverlust nicht zu einer Veräußerung genüge. Wäre ein so verloren gegangener Besitz von dem dritten, dem er bestimmt war, wirklich ergriffen,

1) Marcianus fr. 11 A. R. D. 41, 1. Pupillus . . alienare uero nullam rem potest nisi praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis uisum est: quae sententia uera est.

ſo hätte er da geſtanden wie jemand, der ohne alle Erlaubnis gehandelt hätte, wie ein unrechtmäßiger, nicht wie ein rechtmäßiger Beſitzer [1]).

Von dieſem Standpunkte aus dürfte ſich endlich erklären

Ulpianus libro trigensimo ad Sabinum. fr. 29 A. u. A. P. 41, 2.

Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere: quod est enim facti, potest amittere. alia causa est, si forte animo possessionem uelit amittere: hoc enim non potest.

Ob Ulpian bei dieſem Ausſpruche blos an Grundſtücke oder auch an bewegliche Sachen gedacht hat, mag dahingeſtellt bleiben. Jedenfalls ſcheint es nicht ausgeſchloſſen, ihn in Verbindung mit Grundſtücken zu bringen.

Man darf freilich dann nicht das corpore amittere, wie wohl geſchehen [2]), von einer gewaltthätigen Vertreibung verſtehen. Denn daß zum Herausgeworfenwerden des Mündels keine tutoris auctoritas erforderlich, iſt zu ſelbſtverſtändlich, als daß wir hierüber eine weitläufige Belehrung bei Ulpian zu erwarten hätten. Das corpore amittere kann nur auf eine Handlung des Mündels bezogen werden, bei welcher eine tutoris auctoritas möglich wäre. Meines Erachtens iſt der Sinn der Stelle dieſer. Wenn ein Mündel ein Grundſtück verläßt und nicht den Willen hat zurückzukehren, ſo verliert er den Beſitz, ohne daß eine Mitwirkung des Vormundes nötig. Will er dagegen auf dem Grundſtücke verbleiben und durch einfachen Entſchluß den Beſitz aufgeben, ſo iſt die Mitwirkung des Vormundes notwendig. Denn das Weggehen ohne Willen iſt etwas Thatſächliches, nicht aber das Entſchlüſſefaſſen.

Kehren wir jetzt zu Gajus zurück. Die engen Schranken, in denen ſich der Willensbeſitz zunächſt bewegte, ſind noch für Gajus, wie wir ſeiner Darſtellung entnehmen müſſen, die maß-

1) Vgl. c. 7 A. et R. P. 7, 32 und Savigny, Rt. des Beſitzes, S. 356.

2) Vgl. z. B. Vangerow, Pand. Bd. 1⁷, S. 377, 378.

gebenden. Dasselbe gilt von einer Reihe anderer Gelehrter, wie wir bereits gesehen haben, als wir uns mit dem durch Stellvertreter ausgeübten Besitze beschäftigten [1]). Von diesem Standpunkte aus gelangt man nämlich zu dem Ergebnis: daß ein durch Stellvertreter ausgeübter Besitz aufhören muß, sobald die Vertreter davonlaufen. Zu dieser Meinung bekannten sich in der That Pomponius, Julian und Africau. Diese Auffassung hätte ferner dahin führen müssen, mit dem Tode des Vertreters Besitzesverlust anzunehmen. Hier scheinen aber die Bedürfnisse des Lebens ein Halt geboten zu haben; wenigstens sehen wir die drei genannten Gelehrten hier andere Wege einschlagen; und schon Labeo that den kühnen Griff, daß er den Erben des Pächters, mochte er nun das Pachtverhältnis fortsetzen oder nicht, ohne weiteres als körperlichen Vertreter des Besitzers auffaßte.

Den genannten Gelehrten werden wir auch Javolen anreihen können: und jetzt erst dürfte der Besitzesverlust uns verständlich geworden sein, den Javolen in fr. 21 de usurp. annimmt, wovon im vorigen Paragraphen die Rede war, obschon ihn Kindel so gar natürlich fand. Der Besitzer ist fortgegangen, um das Grundstück einem Pächter einzuräumen. Ein solcher Besitzer ist kein postea reuersurus, und ohne Rückkehrwillen wird auch Javolen keinen Willensbesitz angenommen haben. Die Fortdauer des Besitzes hängt also ganz von dem Pachtverhältnisse ab. Und wenn der Eigentümer selber der Pächter sein sollte, also der Pachtvertrag sich in ein Nichts auflöst: so ist kein körperlicher Vertreter vorhanden, also der Besitz unterbrochen.

Nach einer Richtung hin ist freilich die strenge Scheidung von Willensbesitz und körperlicher Vertretung auch schon von den Anhängern dieser Ansicht durchbrochen worden. Pomponius spricht sich nämlich dahin aus, daß der Rückkehrwille beim körperlichen Vertreter ebenfalls berücksichtigt werden müsse [2]).

1) Vgl. oben § 7 und 8.

2) fr. 31 A. et A. P.

Die von Gajus vertretene enge Auffassung des Willensbesitzes hat also auch sonst ihre Anhänger gehabt, wie sich noch nachweisen läßt. Das plerique putant nötigt uns sogar zu der Annahme, daß diese Ansicht zur Zeit des Gajus die herrschende war. Freilich soll dieses plerique putant zunächst einen Gegensatz zum körperlichen Besitze bilden; es steht aber nichts im Wege, dasselbe auch nach der andern Richtung hin zu verwerten. Von den Bekennern dieser Ansicht waren Javolen, Julian, Gajus und wahrscheinlich auch Pomponius Sabinianer; selbst Africanus wird von einzelnen dahin gezählt[1]). Ferner gedenkt Justinian in c. 12 pr. A. et R. P. einer ex libris Sabinianis hervorgeholten Streitfrage. Das scheint den Schluß zuzulassen, die Sabinianer vorzugsweise auf dieser Seite zu suchen. Aber eine eigentliche Schulfrage kann es nicht gewesen sein, da das plerique putant noch darüber hinausgeht.

bb. § 26. Weitere Entwicklung.

Der Willensbesitz wird aller Wahrscheinlichkeit nach von der kurzen Abwesenheit seinen Ausgang genommen haben. Die kurze Abwesenheit hat auch in anderer Beziehung ihre Bedeutung behalten, bezw. neu erlangt, wie wir noch später sehen werden[2]); beim Willensbesitz ist man aber darüber hinausgegangen.

Diese Erweiterung des auf Besitzerhaltung gerichteten Willens knüpft augenscheinlich an die Winter- und Sommerweiden an, die man nur einen Teil des Jahres zu benutzen pflegte. Und das ist leicht begreiflich. Denn einem Landmanne, der seine Sommerweiden hoch oben auf den Apenninen hatte und sein Vieh zur Winterzeit in Stallungen oder auf Winterweiden trieb, konnte man doch nicht zumuten, lediglich zum Zwecke der Besitzesausübung während des Winters auf den Apenninen jemand zurückzulassen. Es stellte sich das Rechtssprichwort ein: den Besitz an Winter- und Sommerweiden erhalten wir uns durch den Willen.

1) Vgl. Bruns Besitzklagen, S. 117.

2) Siehe unten fünftes Kapitel.

Ulp. fr. 1 § 25 de ui 43, 16.

Quod uolgo dicitur aestiuorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere.

Paulus fr. 3 § 11 A. u. A. P.

Saltus hibernos aestiuosque animo possidemus, quamuis certis temporibus eos relinquamus.

Bemerkenswert iſt in der letzteren Stelle der mit quamuis eingeleitete Zweifelsgrund: es ſcheint noch durchzuklingen, daß der Willensbeſitz urſprünglich auf ſo lange Zeit nicht berechnet war.

Was von Winter- und Sommerweiden galt, warum ſollte das nicht auch anderswo Rechtens ſein? Bereits Proculus lehrte: Winter- und Sommerweiden ſeien nur beiſpielsweiſe genannt. So berichtet uns Ulpian in der angeführten Stelle:

id exempli causa (dici) didici Proculum dicere,

der dem ausdrücklich zuſtimmt; und auf demſelben Standpunkte befindet ſich

Paul. Sent. 5, 2 § 1.

retinere tamen nudo animo possumus, sicut in saltibus hibernis aestiuisque contingit.

So konnte es denn kein Beſitzesverluſt mehr ſein, wenn jemand aus Furcht vor Kriegsunruhen oder andern Zeitnöten die Bebauung ſeines Ackers unterließ.

c. 4 A. et R. P. 7, 32 vom J. 290.

si .. ex metus necessitate culturam eorum (praediorum) distulisti, praeiudicium tibi ex transmissi temporis iniuria generari non potest.

Als weiteres Beiſpiel bringt der ſog. Theophilus das Verlaſſen einer Villa zur Winterszeit:

§ 5 de interd. 4, 15.

τοῦτο δὲ γένεται ἐπὶ ἀγρῶν ἢ προαστείων· καταλιμπάνομεν γὰρ ταῦτα ὥρᾳ χειμῶνος ἐπὶ τὸ ἀνεπιτήδειον τῆς οἰκήσεως ἐλπίζοντες καιροῦ καλοῦντος τοὺς αὐτοὺς καταλήψεσθαι τόπους.

Betrachten wir uns jetzt den durch körperliche Vertretung ausgeübten Beſitz. Gab man dem Willensbeſitz eine ſolche

Ausdehnung, so liegt kein Grund vor, ihn hier auszuschließen. Diese Entwicklung hat sich denn ebenfalls vollzogen, wie wir bereits gesehen haben [1]). Vorkämpfer derselben war auch hier Proculus [2]), dem sich Paulus [3]) und Justinian [4]) anschlossen.

Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, möchte man vielleicht geneigt sein, über die ganze körperliche Vertretung des Besitzers einen Strich zu machen. Denn wenn es für die Fortsetzung des Besitzes einerlei ist, ob der Detentor davonläuft oder stirbt, so, möchte man meinen, sei damit die Bedeutungslosigkeit der körperlichen Vertretung besiegelt. Ob der Besitzer einer Burgruine sie sein Leben lang ohne Aufsicht läßt oder an einen Restaurateur verpachtet, scheint für die Besitzesfortdauer ganz gleichgültig zu sein: mein Willensbesitz dauert in einem Falle so gut fort, wie im andern [5]). Allein thatsächlich macht es immerhin einen Unterschied: ob ich ein fernes Besitztum unter der Obhut eines Pächters weiß, oder leer dastehen habe. Und damit hängt zusammen, daß sich die Besitzergreifung durch einen dritten in beiden Fällen anders gestaltet.

Steht körperliche Vertretung dem Willensbesitze nicht im Wege, so ist damit gleichzeitig der Satz gegeben: daß jederlei Detention die Fortdauer des Willensbesitzes nicht aufzuheben vermag. Dies sagt ausdrücklich

Paul. fr. 3 § 7 A. u. A. P.

Sed et si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides.

Das einfache in fundo esse dieser Stelle darf nicht, wie wohl geschehen [6]), als ein animo possessoris esse aufgefaßt werden.

So hat sich denn der Rückkehrwille im Laufe der Zeit

1) Vgl. oben § 7 u. 8.

2) fr. 31 de dolo malo 4, 3.

3) fr. 3 § 8 A. u. A. P.

4) c. 12 pr. A. et R. P. 7, 32.

5) Vgl. Paulus fr. 37 de pign. act. 13, 7. cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi.

6) Vgl. z. B. Windscheid, Bd. 1⁵, § 156, Anm. 8.

gewaltig verflüchtigt: es iſt möglich geworden, denſelben in eine ferne Zukunft zu verlegen; und dieſe Möglichkeit ſchloß keimartig gleich die andere in ſich, ihn neben körperlicher Detention zuzulaſſen. Man kann ſich füglich die Frage vorlegen: ob in all den Fällen, die wir kennen lernten, es noch ein paſſender Ausdruck für den Beſitzer iſt, wenn wir ihn einen Rückkehrenden nennen. Jedenfalls iſt die Entwicklung des römiſchen Rechtes die geweſen, daß man den Rückkehrwillen gänzlich abgeſtreift und dem Willensbeſitz ſtatt deſſen eine rein negative Grundlage gegeben hat. Die Hauptſtellen ſind

Papinian. fr. 44 § 2 A. u. A. P.

nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti uel animo uel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus.

Ulp. fr. 1 § 25 de ui.

nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omisisse possessionem uellemus, idem est.

c. 4 A. et R. P. 7, 32.

si igitur desertam praediorum possessionem non derelinquendi adfectione transacto tempore non coluisti, sed etc.

Darnach wird der Beſitz an einem Grundſtück nur verloren, wenn wir in der Abſicht fortgehen, den Beſitz aufzugeben: ne possideremus, wie Papinian ſagt. Er wird erhalten, wenn wir nicht in der Abſicht fortgehen, ihn zu verlieren: ut omisisse possessionem uellemus, wie Ulpian ſich ausdrückt; non derelinquendi adfectione, wie es in der Conſtitution heißt.

So hat ſich denn folgende Entwicklung vollzogen. Anfangs iſt mit jedem Verlaſſen eines Grundſtückes Beſitzesverluſt verbunden geweſen. Darauf wird es möglich, beim Verlaſſen eines Grundſtückes durch den Rückkehrwillen ſich den Beſitz zu erhalten. Endlich iſt mit dem Verlaſſen eines Grundſtückes ohne weiteres gar kein Beſitzesverluſt verknüpft, hinzukommen muß eine desfallſige Abſicht. Die Erhaltung des

Besitzes tritt von selber ein, aber der Besitzesverlust ist eine besondere Willenshandlung geworden.

Für diesen Besitz auf negativer Grundlage, wie er sich im Laufe der Zeit herausgebildet hat, paßt es gar nicht mehr, wenn noch in den späteren Quellenstellen [1]) von einem animo oder solo animo retinere gesprochen wird. Denn ein auf das Erhalten gerichteter besonderer Wille ist ja gar nicht mehr erforderlich. Daran dürfen wir keinen Anstoß nehmen. Einmal war dies der historische Ausgangspunkt; andererseits wird es nur selten vorkommen, daß ein Besitzer ohne allen und jeden Willen ein Grundstück verläßt. Von praktischer Bedeutung ist es gleichwohl, dies besonders hervorzuheben. Kinder und Wahnsinnige haben keinen Willen. Verlassen diese ein Grundstück, so behalten sie den Besitz auf negativer Grundlage; so lange aber noch ein besonderer Rückkehrwille erfordert wurde, mußten sie ihn verlieren.

So wenig, wie das animo retinere auf diesen Besitz noch paßt, wie er sich schließlich entwickelt hat, ebensowenig dürfte die deutsche Bezeichnung Willensbesitz hierfür noch eine geeignete sein. Ein besserer Ausdruck ist vielleicht unkörperlicher Besitz. Nach neuestem Rechte giebt es an Grundstücken eine doppelte Art von Besitz: körperlichen und unkörperlichen. Körperlicher Besitz liegt dann vor, wenn der Besitzer sich auf dem Grundstücke befindet; unkörperlicher, wenn er fortgegangen ist ohne die Absicht, den Besitz aufzugeben. Körperliche Vertretung kann neben dem unkörperlichen Besitz einhergehen.

Von dem neu gewonnenen Standpunkte aus gewinnt so manche Frage ein anderes Ansehen, und mancher Fall bedingt eine andere Entscheidung. Dies wurde bereits mehrfach hervorgehoben. Einzelnes ist noch nachzuholen.

Zunächst will ich mich mit dem Besitzverluste beschäftigen, den Javolen in fr. 21 de usurp. annimmt, und der Kindel so natürlich vorkam.

Ein Ersitzender vermietet an den Eigentümer, dadurch

1) Ulp. fr. 1 § 24 de ui 43, 16; c. 4 A. et R. P. 7, 32.

geht nach Javolen der Beſitz verloren, und die Erſitzung wird unterbrochen. Verluſt des Interdictenbeſitzes und Unterbrechung der Erſitzung gehen mithin Hand in Hand.

Julian nahm ebenfalls in Fällen dieſer Art Unterbrechung der Erſitzung an.

fr. 33 § 5 de usurp. 41, 3.

Si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem ignoranti tuam esse, desino usucapere, quia non intellegitur quis suae rei pignus contrahere.

fr. 29 de pign. act. 13, 7.

Si rem alienam bona fide emeris et mihi pignori dederis ac precario rogaueris, deinde me dominus heredem instituerit, desinet pignus esse et sola precarii rogatio supererit: idcirco usucapio tua interpellabitur.

Verluſt des Interdictenbeſitzes wird Julian in dem von ihm gebrachten Beiſpiele der Pfandbeſtellung um ſo mehr angenommen haben, als ſelbſt bei wirkſamer Pfandbeſtellung der Interdictenbeſitz des Verpfänders aufgehört hätte.

Dieſe Unterbrechung der Erſitzung werden wir auch noch nach Juſtinian'ſchem Rechte anzunehmen haben: da uns der Satz dreimal in den Quellen entgegentritt, und eine anderweitige Anſicht gar nicht aufgeſtellt wird [1]).

Wie ſieht es aber mit dem Verluſte des Interdictenbeſitzes aus, den Javolen annimmt? Offenſichtlich müſſen wir dieſen verneinen, ſobald wir vom unkörperlichen Beſitze mit negativer Grundlage ausgehen. Mag ſein, daß der Mietvertrag nicht zu Stande kam; gleichwohl trifft auch hier zu: cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi [2]).

Und daß die Javolen'ſche Auffaſſung in der That verlaſſen worden, dafür dürfte folgende Stelle ein Beleg ſein.

---

1) Vgl. darüber Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 1, § 131 a. E.

2) Paulus fr. 37 de pign. act. 13, 7.

c. 25 de loc. et cond. 4, 65 vom J. 293.

Si quis conductionis titulo agrum uel aliam quamcumque rem accepit, possessionem debet prius restituere et tunc de proprietate litigare.

Die Stelle hat Schwierigkeiten bereitet, weil man die Entwicklung, in welche dieſe Stelle eingreift, nicht kannte und anderes in derſelben finden wollte [1]).

Verſuchen wir es zunächſt einmal, den Fall im Javolen'ſchen Sinne zu entſcheiden.

Nach Javolen geht der Beſitz des bisherigen Beſitzers verloren, wenn er die beſeſſene Sache an deren Eigentümer vermietet. Behauptet alſo ein Mieter Eigentümer zu ſein, ſo leugnet er damit gleichzeitig den Beſitz des Vermieters. Alſo müßte bei entſtehendem Beſitzſtreite erörtert werden, ob der Mieter Eigentümer ſei. Denn iſt dieſe Behauptung begründet, ſo fehlt dem Vermieter der Beſitzesſchutz.

Zu einer andern Entſcheidung führt der unkörperliche Beſitz mit negativer Grundlage. Der Vermieter hat ſeinen Beſitz nicht aufgeben wollen, iſt alſo Beſitzer geblieben. Verſagt ihm daher der Mieter zu ſeinem Beſitze den Zutritt, ſo kann er ſich in Gemäßheit von fr. 12 und fr. 18 pr. de ui des Interdictum de ui bedienen.

Dieſer Geſichtspunkt wird in der obigen c. 25 der durchſchlagende geweſen ſein. Die Ausdrucksweiſe iſt freilich etwas allgemein gehalten, weil auch die beweglichen Sachen mitumfaßt werden ſollten [2]).

So hätten wir denn hier einen Fall zu verzeichnen, wo die Erſitzung zwar unterbrochen wird, der Interdictenbeſitz aber fortdauert.

Damit ſcheide ich von Javolen, um mich noch drei im vorigen Paragraphen zuſammengeſtellten Stellen zuzuwenden, die Spuren einer älteren Auffaſſung an ſich trugen.

---

1) Vgl. z. B. Thon, Ztſchr. für Civilrt. u. Proc. Bd. 1, S. 470 flg.

2) Deshalb dürfte die Coderſtelle auch einwirken auf fr. 40 § 3 A. u. A. P. 41, 2. Vgl. zu dieſer Stelle oben § 24.

Nach Labeo, fr. 78 § 1 C. E., kann ein Mündel seinem eignen Vormunde leeren Besitz einräumen. Dies ist, ich will nicht sagen, sehr erklärlich, aber doch begreiflich, sobald wir vom Rückkehrwillen ausgehen. Der Mündel hat ja nur nötig, das Grundstück dauernd zu verlassen. Auch in dieser Beziehung trifft zu: eam enim rem facti, non iuris esse [1]). Ganz anders stellt sich aber die Sache, wenn wir zum Besitzesverluste einen auf Aufgabe des Besitzes gerichteten Willen erfordern. Hierzu ist der Mündel als solcher unfähig. Will also ein Mündel seinem Vormunde leeren Besitz einräumen, so muß vom neu gewonnenen Standpunkte aus eine Specialvormundschaft angeordnet werden, und nur unter deren Mitwirkung ist der Mündel fähig, seinen Besitz aufzugeben.

In fr. 11 A, R. D. hebt Marcian mit einem gewissen Nachdrucke hervor, daß die Sabinianer zur Veräußerung des Besitzes Mitwirkung des Vormundes verlangt hätten. Man hat sich Gedanken gemacht, was eigentlich dahinterstecken möge [2]). Vom neu gewonnenen Gesichtspunkte aus ist die Sache allerdings selbstverständlich.

Sehr bemerkenswert aber ist, daß Ulpian mit sich selber in Widerspruch gerät. Denn wenn er uns in fr. 29 A. u. A. P. berichtet, daß ein Mündel ohne Mitwirkung des Vormundes durch Fortgehen vom Grundstücke seinen Besitz aufgeben könne, so paßt das nicht zu dem Grundgedanken, den uns derselbe Ulpian in fr. 1 § 25 de ui vorführt. Wie mag sich diese Erscheinung erklären?

Die erstere Stelle ist aus dem 30ten Buche des Sabinuscommentares entnommen, die zweite aus dem 69ten Buche des Edictscommentares. Der Sabinuscommentar ist geschrieben zwischen dem 50ten und 52ten Buche des Edictscommentares [3]). Sonach ist die zweite Stelle jünger. Dazu kommt aber noch ein anderer Umstand.

---

1) Vgl. fr. 1 § 3 A. u. A. P.
2) Vgl. z. B. Bekker, Rt. des Bes. S. 312.
3) Siehe Fitting, Alter, S. 43.

In seinem Sabinuscommentar wollte Ulpian eine Entwicklung des gesammten ius ciuile geben, in seinem Edictscommentare eine Entwicklung des gesammten ius honorarium. Daß aber Ulpian in einem Werke, wo er fortwährend die Enge und Beschränktheit des alten Civilrechtes spüren mochte; in einem Werke ferner, das sich an Sabinus anlehnte — daß Ulpian in einem solchen Werke über den Besitzesbegriff der Sabinianer nicht vollständig hinauskam: werden wir begreiflich finden. Ebenso begreiflich aber auch: daß er in einem Werke, wo er fortwährend die freie Luft des prätorischen Rechtes athmete, sich ebenfalls zu freierer Gestaltung aufraffte; zumal er in diesem Falle den vorwärts drängenden Proculus [1]) vor Augen hatte.

Und die Compilatoren! warum haben denn sie eigentlich alles so ruhig neben einander aufgenommen? Es läßt sich nicht verkennen, sie sind auch auf dem Gebiete des Besitzes ihrer Aufgabe, dem enucleare, durch Streichen und Aendern in einem gewissen Umfange gerecht geworden. Aber hier stand ihnen ein Begriff gegenüber, den die römische Rechtswissenschaft in einer Zwittergestalt überliefert hatte, der teils regelrecht, teils regelwidrig behandelt wurde; oder, um mit den Quellen zu reden, ein Begriff „non tantum corporis, sed et iuris“ [2]), „facti et animi“ [3]). Hier, wo wir die Wissenschaft im ganzen, wie die einzelnen Rechtsgelehrten selber schwanken sehen, das Knäuel der Streitfragen von lichter Höhe herab vollständig zu entwirren, und die Fäden der Wissenschaft dort in die Hand zu nehmen, wo die römischen Rechtsgelehrten stehen geblieben waren: dazu reichte die Kraft der Compilatoren nicht hin. Und wenn sie daher manches neben einander gelassen haben, weil sie es nicht besser verstanden, so wollen wir sie deshalb nicht tadeln. Ist uns doch auf diese Weise unschätzbares Material erhalten geblieben für den Gang, den die römische Rechtswissenschaft auf diesem Gebiete genommen hat.

1) Siehe den folgenden Paragraphen, S. 125, bei Anm. 1 u. 2.

2) fr. 49 § 1 A. u. A. P.

3) fr. 1 § 15 Si is qui test. lib. 47, 4.

b) Dauer.

aa. § 27. Der auf Rückkehrwillen beruhende Besitz.

Beginnen wir auch hier, wo die Dauer des unkörperlichen Besitzes erörtert werden soll, mit dem Rückkehrwillen.

An sich genommen, könnte man den Rückkehrwillen so verstehen wollen, als ob stets eine Bethätigung desselben erforderlich gewesen wäre, um den Besitz sich zu erhalten: eine Bethätigung mindestens in dem Sinne, daß eine Erinnerung an seinen Besitz den Abwesenden nie verlassen hätte. Aber so verstanden wäre der Willensbesitz ein ziemlich gebrechliches Ding gewesen: der erste Schlaf, ja schon das erste Vergessen hätten den Besitzer um seinen Besitz gebracht.

So haben denn die Römer auch nie den Willensbesitz aufgefaßt; wenigstens tritt uns eine derartige Auffassung in den Quellen nicht entgegen. Die Römer haben vielmehr lediglich auf den Zeitpunkt gesehen, wo das Grundstück verlassen wurde. Man kann fortgehen von einem Grundstücke, um es auf immer zu verlassen, oder, um wiederzukehren. Geht man fort, um wiederzukehren, so genügt diese Absicht im Augenblicke des Fortgehens, um bis auf weiteres den Besitz zu erhalten [1]).

Wenn aber der Willensbesitz nicht in der Weise an den Rückkehrwillen gekettet wurde, daß dieser ihn fortwährend begleiten mußte; so fragt sich: welches sonst die Merkmale für dessen Dauer gewesen sein mögen. Hierauf geben uns folgende zwei Stellen Aufschluß.

Paulus fr. 7 A. u. A. P. 41, 2.

Sed et si nolit in fundum reuerti, quod uim maiorem uereatur, amisisse possessionem uidebitur: et ita Neratius quoque scribit.

Paulus fr. 3 § 8 eodem.

Si quis nuntiet domum a latronibus occupatam et

1) Gai. 4, 153. si non relinquendae possessionis animo, sed postea reuersuri inde discesserimus.

dominus timore conterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet.

Darnach iſt alſo für den Verluſt eines derartigen Beſitzes ein entgegengeſetzter Wille erforderlich: der Wille, nicht zurückzukehren.

Nähere Erörterung erheiſcht

Pomp. fr. 25 § 2 A. u. A. P.

Quod autem solo animo possidemus, quaeritur . . an . . usque eo possideamus, donec reuertentes nos [1]) aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem: et uidetur utilius esse.

Pomponius führt hier folgenden Gedanken aus. Zurückkehrende beſitzen ſo lange, bis ſie jemand zurücktreibt, oder bis ſie deshalb durch ihren Entſchluß aufhören zu beſitzen, weil ſie vermuten mögen, ſie könnten vom Eindringling zurückgetrieben werden.

Was mag das nun für ein Entſchluß ſein, der einerſeits den Gegenſatz bildet zum Zurückgetriebenwerden, und andererſeits durch die Furcht eingegeben wird, man könnte ſonſt zurückgetrieben werden? Ich ſollte denken: es iſt der Entſchluß, von der Rückkehr abzuſtehen, alſo wieder umzukehren.

Vielleicht macht dieſe Erklärung einen etwas künſtlichen Eindruck. Allein wir müſſen uns nur auf den Standpunkt des Pomponius ſtellen. Pomponius gehörte zu jenen Rechtsgelehrten, welche den Willensbeſitz auf den Rückkehrwillen ſtützten. Alſo liegt es auch am nächſten, das animo desinamus possidere mit dem Nichtrückkehrwillen in Verbindung zu bringen.

Jedenfalls faſſen Bas. 50, 2, 24 und Epitome 6, 18 [2]) den animus gerade ſo auf. Es heißt hier:

1) Statt nos verteidigt Savigny, Rt. des Beſ. [7], S. 352, das non der Florentina, indem er donec mit ‚ſo lange als' überſetzt. Indeſſen dieſe Ueberſetzung paßt nicht zum animo desinamus possidere, und deshalb werden wir uns doch zum nos entſchließen müſſen. Auch das donec im Anfang der Stelle „donec alius corpore ingressus sit" kann ebenfalls nur mit „bis" überſetzt werden.

2) Zachariae, Jus Graeco-Rom. pars 2, pag. 317.

Ὁ δὲ ψυχῇ νεμόμενος, ἕως ἂν ἐξεωσθῇ (ἐξωσθῇ) ἢ ἀναχωρήσῃ, νέμεται.

„Wer durch ſeinen Willen beſitzt, beſitzt ſo lange, bis er vertrieben wird oder umkehrt.“

Gewöhnlich pflegt man dieſen animus als Verzicht auf den Beſitz aufzufaſſen [1]).

Ausdrücklich iſt aber jedenfalls nicht von einem animus ne possideremus, ut omisisse possessionem uellemus, oder dgl. die Rede.

Ferner hat ſich dieſe Anſchauung beim unkörperlichen Beſitz erſt Bahn gebrochen, als man angefangen hatte, ihm eine negative Grundlage zu geben, und unter ganz andern Vorausſetzungen. Unter den Vorausſetzungen, mit denen wir es hier zu thun haben, würde die Annahme eines Verzichtes ſogar ein logiſch unrichtiger Gedanke ſein. Wer umkehrt, weil er fürchtet, vom Eindringling zurückgetrieben zu werden, verzichtet damit keineswegs auf ſeinen Beſitz: ſein erſter Weg iſt vielleicht zum Rechtsanwalt, um dieſen zur Erhebung der Klage zu bevollmächtigen.

Sodann würde uns die Annahme eines Verzichtes mit ſonſtigen Quellenſtellen in Widerſpruch bringen. Denn ebenſowenig, wie nach c. 4 A. et R. P. derjenige auf den Beſitz verzichtet, welcher ſein Grundſtück aus Furcht verläßt; ebenſowenig trifft dies für den zu, der aus Furcht von der Rückkehr abſieht.

Sprachlich möglich wäre es auch donec animo desinamus possidere zu überſetzen: „bis wir mutlos werden, zu beſitzen“. Allein da es ſich um einen Willensbeſitz handelt, „quod solo animo possidemus“, werden wir auch beim „animo desinamus possidere“ nicht an Mut, ſondern an Wille, Entſchluß zu denken haben.

So ſtände denn dieſe Stelle des Pomponius mit den beiden Stellen von Paulus in Einklang. In allen dreien

1) Vgl. z. B. Savigny a. a. O. S. 350 flg.; Jhering, Beſitzesſchutz ², S. 123; Leiſt, Wechſelbeziehung, S. 31.

spricht sich der Gedanke aus: der unkörperliche Besitz hört auf, sobald der Entschluß gefaßt ist, nicht zurückzukehren. Alle drei Stellen haben aber eine kurze Abwesenheit zur Voraussetzung, wovon schon die Rede war [1]). Ebenso wurde bereits hervorgehoben, daß diese Aussprüche nichts mit der gewaltthätigen Vertreibung zu thun haben [2]). Besprochen werden müssen jetzt noch die näheren Voraussetzungen für diesen Besitzesverlust.

Genügt die bloße Furcht, oder muß die Furcht, welche die Umkehr veranlaßte, eine begründete gewesen sein? Muß namentlich irgend jemand vom Grundstücke Besitz ergriffen haben, oder würde es genügen, wenn die Furcht Folge einer falschen Botschaft war?

So wie uns die Streitfrage im angeführten fr. 25 § 2 entgegentritt „utrum ne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an uero etc.," müssen wir doch wohl annehmen, daß Besitzergreifung durch einen dritten als notwendige Voraussetzung für diesen Besitzesverlust in Betracht kam.

Dann ergiebt sich als weitere Folge, daß der bloße Umkehrwille nicht ausreichte; es mußte zugleich der Rückkehr in der Person des Besitzergreifers ein Hindernis im Wege stehen. Hatte also jemand den Entschluß gefaßt, nicht zurückzukehren, während niemand auf dem Grundstücke sich befand, und änderte er nach einer Stunde diesen Entschluß wieder, so hatte er nie aufgehört zu besitzen.

Die vollständigen Voraussetzungen für diesen Besitzesverlust wären demnach:

1. Besitzergreifung durch einen dritten,
2. Kunde von dieser Besitzergreifung,
3. Der Entschluß, umzukehren.

Das Gebiet, wo der Wille, nicht zurückzukehren, für den Besitzesverlust von maßgebender Bedeutung, ist im Justinian'schen Gesetzbuche ein verhältnismäßig kleines. Er macht sich

1) Siehe oben § 14, S. 68 flg.
2) Siehe oben § 14, S. 67.

nur geltend bei kurzer Abwesenheit. Dies hängt damit zusammen, daß der unkörperliche Besitz später auf anderer Grundlage aufgebaut wurde. Die Berücksichtigung des Umkehrwillens ist noch ein Ueberbleibsel aus einer früheren Zeit, wo der Rückkehrwille die Grundlage des unkörperlichen Besitzes bildete.

Vermutlich wird aber das Gebiet für den Umkehrwillen einmal größer gewesen sein, und hiervon haben sich vielleicht noch einige Spuren erhalten. Jedenfalls ist folgende Stelle sehr bemerkenswert.

Proculus fr. 27 A. u. A. P. 41, 2.

> Si is, qui animo possessionem saltus retineret, furere coepisset, non potest, dum fureret, eius saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere.

Proculus scheint der erste Rechtsgelehrte gewesen zu sein, der sich klar zu machen suchte, daß der Willensbesitz einer großen Ausdehnung fähig sei. Er verteidigte den Satz: daß lange Abwesenheit des Besitzers, wie sie bei Sommer- und Winterweiden kein Hindernis bereite, auch bei andern Grundstücken dem Willensbesitze nicht im Wege stehen dürfe [1]); und daß der Besitz fortdauern müsse, wenn auch die Sklaven davongelaufen wären [2]). Hier hat er sich nun ebenfalls ein hübsches Beispiel ausgegrübelt, um die Weite dieses Begriffes zu messen. Er stellt sich den Besitzer einer Alm vor, der wahnsinnig wird, während er nicht auf der Alm weilt, und behauptet: daß ein solcher Besitzer, so lange der Wahnsinn daure, durch eignen Entschluß den Besitz gar nicht verlieren könne.

Auch hier fragt sich wieder: worauf mag sich Proculus den Entschluß gerichtet denken? Proculus war allerdings bemüht, den Willensbesitz möglichst weit zu fassen; und hat auf diese Weise sicherlich der negativen Grundlage vorgearbeitet, auf welcher man später den unkörperlichen Besitz aufbaute.

---

1) fr. 1 § 25 de ui 43, 16.

2) fr. 31 de dolo malo 4, 3.

Daß Proculus aber schon den Rückkehrwillen preisgegeben hätte: für eine derartige Annahme fehlt es an jedem Anhalt. Denn, soweit wir sehen können, geht die negative Grundlage erst auf Papinian zurück. Ferner beachte man, wie vorsichtig das Beispiel gewählt ist: der Almbesitzer wird erst wahnsinnig, nachdem er die Alm verlassen, also durch seinen Rückkehrwillen sich den Besitz erhalten hatte. Wäre Proculus bereits bei der negativen Grundlage angelangt gewesen, so hätte er den Besitzer auch schon auf der Alm wahnsinnig werden lassen können.

Gehen wir aber vom Rückkehrwillen aus, so erhalten wir für das desinere animo possidere, gerade wie bei Pomponius, den Willen, nicht zurückzukehren. Proculus sagt also: wenn ein Almbesitzer, der sich durch den Rückkehrwillen seinen Besitz erhalten hatte, später wahnsinnig wird, kann er, so lange der Wahnsinn dauert, durch einen Entschluß, nicht zurückzukehren, gar nicht den Besitz verlieren. Dieser Gedanke legt dann das argumentum a contrario nahe: hört der Wahnsinn auf, so kann der Almbesitzer durch einen Entschluß, nicht zurückzukehren, seinen Besitz verlieren. Also ist auch bei langer Abwesenheit nach Proculus der Wille, nicht zurückzukehren, für den Besitzesverlust maßgebend.

Vom Standpunkte des Justinian'schen Rechtes aus werden wir freilich beim desinere animo possidere an einen auf Aufgabe des Besitzes gerichteten Entschluß zu denken haben. Darnach will die Stelle dies besagen. Wenn ein Almbesitzer, während er nicht auf der Alm weilt, wahnsinnig wird, kann er gar nicht, so lange der Wahnsinn dauert, einen auf Aufgabe des Besitzes gerichteten Entschluß fassen. Vom Standpunkte des Justinian'schen Rechtes aus hat es freilich gar keinen Sinn, besonders hervorzuheben, daß der Wahnsinn eintrat, während der Besitzer nicht auf der Alm weilte; einen auf Aufgabe des Besitzes gerichteten Entschluß kann auch ein Wahnsinniger nicht fassen, der sich auf seiner Besitzung befindet. Dieser Umstand mag dazu beigetragen haben, daß man unsere Stelle wesentlich unrichtig aufgefaßt hat.

Savigny[1]) stützt darauf den Satz: daß „Wahnsinnige den Besitz eines Grundstückes durch die Handlung eines andern gar nicht verlieren können". Bangerow[2]) nimmt zwar an: daß ein Wahnsinniger, der körperlich gegenwärtig sei, deficiert werden könne; daß aber dann, wenn sich jemand in Abwesenheit des wahnsinnigen Besitzers des Grundstückes bemächtige, ein Besitzverlust nicht möglich sei.

Allein ein Wahnsinniger kann nicht bloß durch physische Gewalt vertrieben werden, während er sich auf dem Grundstücke befindet; er kann auch durch physische Gewalt an der Rückkehr verhindert, bezw. unterwegs festgehalten werden. Ebenso ist es denkbar, daß ein Wahnsinniger durch Furchterregung von seinem Grundstücke nicht bloß verscheucht, sondern auch von der Rückkehr abgehalten würde. Denn so gut man ein Tier verscheuchen kann, muß es doch auch beim Wahnsinnigen möglich sein. Also alle Formen der gewaltthätigen Vertreibung, wie wir sie kennen gelernt haben[3]), finden auf einen Wahnsinnigen ebenfalls Anwendung.

Eine andere Spur, daß der Nichtrückkehrwille für den Verlust des Willensbesitzes einmal im weiteren Umfange in Betracht kam, haben wir vielleicht vor uns in

fr. 46 A. u. A. P. 41, 2.

tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret.

Dieses dictum est, das uns bereits beschäftigte[4]), ist älter als Papinian, wird also entstanden sein zu einer Zeit, wo der Willensbesitz noch auf dem Rückkehrwillen beruhte. Dem entsprechend wird für Aufgabe des Besitzes ein Nichtrückkehrwillen erforderlich gewesen sein. Der bloß innere Nichtrückkehrwillen genügte aber nicht, wie wir gesehen haben, es müssen zwei Merkmale hinzukommen: Besitzergreifung durch einen dritten und Kunde von dieser Besitzergreifung. Beide

1) Rt. des Bes. [7], S. 357.
2) Pandekten, Bd. 1[7], § 207, A. 1.
3) Vgl. oben § 9, 10, 14.
4) Vgl. oben § 18 u. 19.

Merkmale finden wir auch hier vor: quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret.

Ist diese Voraussetzung richtig, so können wir uns die Gegensätze, die ich früher in den allgemeinen Rahmen einfaßte — ich bin Besitzer, ich bin nicht Besitzer [1]) — noch ein wenig concreter ausmalen.

Der Besitzer, welcher zur Winterszeit seine Sommerweiden verläßt, geht fort in der Absicht, nächsten Sommer wiederzukehren. Im Winter verkauft er an Gajus und räumt diesem leeren Besitz ein. Den darin ausgesprochenen Nichtrückkehrwillen haben die Römer nicht für genügend angesehen, denn möglicherweise ergreift Gajus gar keinen Besitz. Es wird wieder Sommer. Dem alten Besitzer kommen Gedanken, wie es wohl auf seiner Alm aussehen möge. Da bringt ihm eines Tages Titius die sichere Kunde, daß Gajus auch sein Vieh schon auf die gekaufte Alm ausgetrieben habe. Jetzt ist der alte Besitzer beruhigt, und die letzte Spur eines etwaigen Rückkehrwillens verschwunden.

bb. § 28. Die neue Regel.

Es gab eine Zeit, wo jedes Verlassen eines Grundstückes Besitzesverlust zur Folge hatte, ohne daß das Verlassen von einem besonderen Willen begleitet zu sein brauchte.

Dann wird es möglich, sich durch den Rückkehrwillen beim Verlassen des Grundstückes seinen Besitz zu erhalten. Jetzt giebt es ein zweifaches Verlassen: man verliert entweder seinen Besitz oder erhält ihn sich durch den Rückkehrwillen. Für diesen auf dem Rückkehrwillen beruhenden Besitz mußte ein neuer Verlustgrund erfunden werden: es war dies der Wille, nicht zurückzukehren, der freilich, soweit wir sehen, von besonderen Umständen begleitet sein mußte.

Schließlich wird der unkörperliche Besitz auf negative Grundlage gestellt. Man kann zwar sein Grundstück verlassen mit der Absicht, seinen Besitz aufzugeben. Aber wenn man

1) Vgl. oben § 19 S. 85, 86.

dies nicht thut, so behält man seinen Besitz. Diese Umwälzung des Besitzbegriffes wirkte auch auf den Besitzesverlust ein. Der Nichtrückkehrwille erhält sich nur noch auf engem Raume, andererseits bedurfte es für den Besitzesverlust einer neuen Regel. Diese neue Regel giebt uns

Paulus libro sexagensimo quinto ad edictum fr. 153 R. J. 50, 17.

Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.

Der Stelle ist das Mißgeschick widerfahren, daß man teils zu viel, teils zu wenig aus derselben herausgelesen hat. Versuchen wir es, beide Klippen zu vermeiden.

Der Besitzesverlust soll eintreten durch ein in contrarium actum. Es scheidet also aus der Einfluß, den der Tod auf die Besitzverhältnisse hat: denn Sterben ist kein agere.

Es scheidet ferner aus der Besitzesverlust durch dauernde Ueberschwemmung.

Es scheidet aus der Besitzesverlust durch gewaltthätige Vertreibung: denn Hinausgeworfenwerden ist kein Handeln, sondern ein sehr passives Verhalten.

Es bleibt überhaupt ausgeschlossen der unfreiwillige Besitzesverlust; die Regel bezieht sich nur auf den freiwilligen Besitzesverlust. Agere ist nämlich der Kunstausdruck für ein Handeln, das auf Begründung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist[1]).

Zu demselben Ergebnisse führt uns der Zusammenhang. Paulus geht aus von dem Satze: „quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur". Diese

1) fr. 19 V. S. Hier heißt es vom agere im Gegensatz zum gerere und contrahere: et actum quidem generale uerbum esse, siue uerbis siue re quid agatur, ut in stipulatione uel numeratione.

einem fere. Nur regelmäßig wird ein Contract in der entgegengesetzten Weise aufgehoben, wie geschlossen. Gestützt wird diese Behauptung auf den Obersatz: da wir durch die entgegengesetzte Handlung verlieren, wie wir erwerben. Soll diese Begründung eine richtige sein, so müssen wir das „regelmäßig" notwendig zum Obersatze hinzunehmen. Denn aus einem Obersatze „wir verlieren stets durch die entgegengesetzte Handlung, durch welche wir erwerben", würde nicht folgen: „ein Contract wird regelmäßig in der entgegengesetzten Weise aufgehoben, wie geschlossen", sondern „ein Contract wird stets in der entgegengesetzten Weise aufgehoben, wie geschlossen".

Aus dem Obersatze wird eine weitere Folgerung für den Besitzesverlust hergeleitet. Der Obersatz lautet: „wir verlieren regelmäßig durch die entgegengesetzte Handlung, durch welche wir erwerben". Daraus folgt für den Besitzesverlust „wir verlieren regelmäßig durch die entgegengesetzte Handlung den Besitz, durch welche wir ihn erwerben". Neben dem allgemeinen Satze „wir verlieren regelmäßig durch die entgegengesetzte Handlung, durch welche wir erwerben", wäre ja an sich die Thatsache möglich, daß der Besitz immer durch die entgegengesetzte Handlung verloren würde. Aber das igitur weist auf eine Folgerung hin, und aus regelmäßig folgt immer nur ein regelmäßig.

Der Syllogismus, wie er uns in unserer Stelle entgegentritt, ist mit Ausfüllung der Abkürzungen und bei Voranstellung des allgemeinen Grundsatzes vollständig dieser.

Erster Schluß.

Obersatz: Wir verlieren regelmäßig durch die entgegengesetzte Handlung, durch welche wir erwerben.

Untersatz: Obligationen werden durch Handlungen erworben und verloren.

Also: wir verlieren regelmäßig Obligationen durch die entgegengesetzte Handlung, durch welche wir erwerben.

Zweiter Schluß.

Obersatz: Wir verlieren regelmäßig durch die entgegengesetzte Handlung, durch welche wir erwerben.

Unterſatz: Beſitz wird durch Handlungen erworben und verloren.

Alſo: Beſitz wird regelmäßig durch die entgegengeſetzte Handlung verloren, durch welche wir ihn erwerben.

Dritter Schluß.

Oberſatz: Beſitz wird regelmäßig durch die entgegengeſetzte Handlung verloren, durch welche wir ihn erwerben.

Unterſatz: Der Beſitz wird erworben durch Herſtellung eines körperlichen Verhältniſſes und einen auf Erwerb gerichteten Willen.

Alſo: der Beſitz wird regelmäßig verloren durch ein dem in beiderlei Beziehung entgegengeſetztes Handeln.

So führen die Geſetze der Logik dazu, dies fere im Eingang auf den Schlußſatz mithinüberzunehmen. Hätte Paulus nicht ſo gedacht, ſo würde er ſich eines logiſchen Schnitzers ſchuldig gemacht haben. Aber er hat in der That ſo gedacht, wie ſich aus dem Inhalt ſeiner ſonſtigen Schriften ergiebt. In dem bereits angeführten fr. 3 § 6 A. u. A. P. ſagt er nämlich ausdrücklich:

> itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. igitur amitti et animo solo potest, quamuis adquiri non potest.

Hier haben wir die Ausnahme, daß der Beſitz an Grundſtücken zuweilen durch bloßen Willen verloren werden kann.

Eine weitere Ausnahme möchte man vielleicht finden wollen in dem nolit reuerti von fr. 7 A. u. A. P. und dem noluerit accedere von fr. 3 § 8 eodem. Allein vom neu gewonnenen Standpunkte aus bringt man dieſen Fall richtiger beim unfreiwilligen Beſitzesverluſt unter; ich werde darauf zurückkommen [1]).

Ganz ähnlich wird das fere ſchon von einem Griechen erklärt:

> *καλῶς οὖν τὸ σχεδὸν ἐπὶ τούτου τοῦ ϑέματος πρόσκειται· ᾧ γὰρ τρόπῳ δυνάμεϑα κτήσασϑαι νομήν τινος πράγματος, οὐ πάντοτε ταύτην τούτῳ καὶ ἀποκτώμεϑα.*

1) Vgl. unten § 55.

Die Erklärung findet sich in der Fabrot'schen Theophilusausgabe zu 4, 15 § 5, und ist in die Reitz'sche Ausgabe mithinübergenommen. Sie wird einem Theodorus aus Hermopolis beigelegt. Das kann jedenfalls nicht der Rechtsanwalt des sechsten Jahrhunderts sein [1]), von dem es gar nicht einmal feststeht, daß er einen Digesten-Commentar geschrieben habe [2]). Wahrscheinlich wird die Erklärung einem spätern, mit Commentar versehenen Auszuge aus den zehn ersten Büchern der Basiliken entnommen sein, der vielfach einem Theodorus aus Hermopolis beigelegt wurde und noch ungedruckt ist [3]).

So haben wir denn eine Regel vor uns, die sich auf den freiwilligen Besitzesverlust bezieht, wobei zunächst an Grundstücke gedacht war, und die ihre Ausnahme hat.

Was übrigens die Beziehung auf Grundstücke anbetrifft, so handelt es sich hier mehr um einen historischen Ausgangspunkt, als eine durch die Natur der Sache gebotene Schranke. Wir suchten uns darüber klar zu werden, weshalb Paulus es gerade für Grundstücke mit Nachdruck hervorhob, daß beim Besitzesverlust ein hierauf gerichteter Wille ebenfalls eine Rolle spiele. Richtig ist die Regel ebensowohl für bewegliche Sachen. Um uns hiervon zu überzeugen, brauchen wir nur einen Blick in einen heutigen Kramladen zu werfen. Hier wird täglich hundert- und tausendfältig auf der einen Seite Besitz erworben, auf der andern Seite verloren: beides allemal corpore et animo. Für bewegliche Sachen ist die Regel wohl gar noch ausnahmsloser richtig. Denn den Satz, daß der Besitz durch bloßen Willen verloren gehe, dürfte es hier, wenigstens in dem Umfange wie bei Grundstücken, gar nicht geben: davon wird unten noch näher die Rede sein [4]).

1) Vgl. über denselben Zachariä von Lingenthal, Gesch. des Griech.-Röm. Rts. [2], S. 8.

2) Vgl. Zachariae, Ανεκδοτα, pag. XXXVI; Heimbach, Basilica, tom. 6, pag. 62, 63.

3) Vgl. Reitz, Mermanni thesaurus, tom. 6, pag. 864; Witte, Bas. tit. de diu. reg. iuris, pag. VIII; Zachariä, Gesch. des Griech.-Röm. Rts. [2], S. 23.

4) Siehe unten § 34.

Auch würden wir dem Justinian'schen Gesetzbuche Gewalt anthun, wenn wir die Regel auf Grundstücke beschränken wollten. Denn sie tritt uns nicht bloß im Digestentitel de diuersis regulis iuris, sondern auch als fr. 8 de adquirenda uel amittenda possessione ohne alle Beziehung auf Grundstücke entgegen.

§ 29. Fortsetzung.

Ich wende mich jetzt zur Widerlegung entgegenstehender Ansichten.

Im vorigen Paragraphen wurde bemerkt, daß unserer Stelle ein doppeltes Mißgeschick widerfahren; sie sei teils zu weit, teils zu eng verstanden worden.

In ersterer Beziehung kann als Hauptvertreter Savigny[1]) genannt werden. Derselbe meint, hier eine Regel vor sich zu haben, die auch den unfreiwilligen Besitzesverlust mitumfassen solle. Bei solcher Erklärung macht aber das utrumque nicht geringe Schwierigkeiten.

Savigny's älteste Ansicht ging dahin, daß utrumque in unserer Stelle „eins von beiden" bedeute. Später hat er diese Ansicht zurückgenommen und glaubt mit einer „unbestimmten" Bedeutung von utrumque dasselbe erreichen zu können. Zugeben muß man, daß uterque zuweilen „einer von beiden" heißt[2]). In unserer Stelle weist aber der Zusammenhang mit Notwendigkeit auf die gewöhnliche Bedeutung hin, wonach dieses Wort nicht trennt, sondern verbindet. Denn wenn der Verlust in entgegengesetzter Weise vor sich gehen soll, wie der Erwerb; wenn ferner für den Erwerb Wille und körperliches Verhältnis verlangt werden: so kommen wir für den Verlust mit Notwendigkeit dahin, ebenfalls Wille und körperliches Verhältnis zu verlangen. Und wenn wir nun das zweite Mal animus et corpus durch utrumque wiedergegeben finden, so kann das Wort nur in verbindendem Sinne gebraucht sein.

Leist[3]) hält freilich die Savigny'sche Erklärung sprach-

1) Recht des Besitzes [7], S. 331 flg.

2) Vgl. z. B. c. 8 § 4° de bonis, quae liberis 6, 1.

3) Wechselbeziehung, S. 5.

lich für möglich. Dies beweise „schon die große Zahl der dieser Interpretation Zustimmenden". Allein durch solche Zahlen wird nicht das mindeste bewiesen. Es kommt nur zu häufig vor, daß offenbare Irrtümer sich Jahrhunderte lang fortschleppen. Und gerade die romanistische Litteratur ist sehr reich an Erklärungen, die Jahrhunderte lang wiederholt wurden, obwohl deren sprachliche Unmöglichkeit auf der Hand lag.

Utrumque in unserer Stelle kann nur „beides" bedeuten, das hat Kindel[1]) neuerdings mit Recht betont.

Wie Savigny zu weit gegangen, sind andere bemüht gewesen, unserer Regel ein viel zu enges Gebiet anzuweisen. Nach dieser Richtung hin hat sich neuerdings Leist[2]) am eingehendsten mit unserer Stelle beschäftigt.

Nach Leist soll unsere Rechtsregel nur Bezug haben auf den in fr. 6 § 1 und fr. 7 A. u. A. P. erörterten Fall: wenn jemand ein Grundstück, dessen Besitz durch bloßen Willen erhalten wird, widerrechtlicher Weise occupiert.

Gegen eine derartige Erklärung erheben sich zunächst rein äußere Bedenken auf Grund des überlieferten Textes.

Die Compilatoren haben nämlich den letzten Satz von fr. 153 R. J. gleichzeitig im Titel de adquirenda uel amittenda possessione als fr. 8 aufgenommen, nur daß sie hier ut igitur in quemadmodum umänderten. Hierauf fußt Leist: er meint, unter Berufung auf Mommsen, daß quemadmodum wieder in ut igitur verwandelt werden müsse.

Ob nun Mommsen gerade einer Textänderung das Wort reden wollte, mag dahingestellt bleiben. Er hat hier nur wohl, wie anderswo[3]), auf die Verschiedenheiten des Textes in beiden Ueberlieferungen aufmerksam machen, und auf ut igitur als den ursprünglichen Text hinweisen wollen. Soll aber die Bemerkung in seiner Pandektenausgabe „ut igitur D. l. gemino eoque pleniore" ein mehreres bedeuten, so wäre

1) Besitzrecht, S. 261.
2) a. a. O. S. 30 flg.
3) Vgl. z. B. fr. 10 A. R. D. 41, 1.

Mommsen einfach im Irrtume. Paulus wird allerdings ut igitur geschrieben haben, daraus folgt nur nichts für die Compilatoren. Hätten diese in fr. 8 ut igitur beibehalten, so würden sie diese Conjunctionen in eine ganz andere Umgebung versetzt haben, als in welcher sie sich bei Paulus ursprünglich befanden. Um dies zu verhindern, änderten sie absichtlich ut igitur in quemadmodum, und mußten auch so zu Werke gehen. Es giebt überhaupt eine ganze Reihe von Stellen, wo die Compilatoren den Anfang absichtlich durch Partikel veränderten, weil sie dieselben aus ihrem ursprünglichen Zusammenhange herausgerissen hatten [1]).

Ein ursprünglicher Zusammenhang zwischen fr. 8 und den voraufgehenden Stellen kann unmöglich bestanden haben: denn fr. 7 ist einem ganz andern Edictsbuche des Paulus entnommen, und fr. 6 rührt von Ulpian her. Und wollte man annehmen, daß auf fr. 7 bei Paulus ein ähnlicher allgemeiner Satz gefolgt sei, wie ihn uns fr. 8 bringt; so begriffe man die Compilatoren nicht, daß sie fr. 8 aus einem ganz andern Buche entlehnten.

Leist hat einen neuen Zusammenhang erst geschaffen, indem er das quemadmodum wieder in ut igitur verwandelte. Zu einer Gedankenentwicklung des Paulus können wir auf diese Weise nicht gelangen: denn mit welchen Vordersätzen Paulus sein ut igitur verband, wissen wir aus fr. 153 R. J. Ebensowenig erhalten wir auf diese Weise eine Gedankenverbindung der Compilatoren, da Leist gerade den Irrweg einschlägt, vor dem sie mit ihrem quemadmodum gewarnt haben.

An dieser Textesänderung hat übrigens Leist noch gar nicht einmal genug, um bloß äußerlich eine Verbindung zwischen der hier in Frage stehenden Regel und dem von ihm in's Auge gefaßten Fall herzustellen. Er verlangt noch weiter von uns, daß wir das von ihm befürwortete ut igitur nicht etwa mit dem voraufgehenden fr. 7, auch nicht etwa mit dem Schlusse des fr. 6, sondern mit dem vorletzten Satze in fr. 6

1) Vgl. Bluhme, Ztschr. f. gesch. Rtsw. Bd. 4, S. 291.

lich für möglich. Dies beweise „schon die große Zahl der dieser Interpretation Zustimmenden". Allein durch solche Zahlen wird nicht das mindeste bewiesen. Es kommt nur zu häufig vor, daß offenbare Irrtümer sich Jahrhunderte lang fortschleppen. Und gerade die romanistische Litteratur ist sehr reich an Erklärungen, die Jahrhunderte lang wiederholt wurden, obwohl deren sprachliche Unmöglichkeit auf der Hand lag.

Utrumque in unserer Stelle kann nur „beides" bedeuten, das hat Kindel[1]) neuerdings mit Recht betont.

Wie Savigny zu weit gegangen, sind andere bemüht gewesen, unserer Regel ein viel zu enges Gebiet anzuweisen. Nach dieser Richtung hin hat sich neuerdings Leist[2]) am eingehendsten mit unserer Stelle beschäftigt.

Nach Leist soll unsere Rechtsregel nur Bezug haben auf den in fr. 6 § 1 und fr. 7 A. u. A. P. erörterten Fall: wenn jemand ein Grundstück, dessen Besitz durch bloßen Willen erhalten wird, widerrechtlicher Weise occupiert.

Gegen eine derartige Erklärung erheben sich zunächst rein äußere Bedenken auf Grund des überlieferten Textes.

Die Compilatoren haben nämlich den letzten Satz von fr. 153 R. J. gleichzeitig im Titel de adquirenda uel amittenda possessione als fr. 8 aufgenommen, nur daß sie hier ut igitur in quemadmodum umänderten. Hierauf fußt Leist: er meint, unter Berufung auf Mommsen, daß quemadmodum wieder in ut igitur verwandelt werden müsse.

Ob nun Mommsen gerade einer Textänderung das Wort reden wollte, mag dahingestellt bleiben. Er hat hier nur wohl, wie anderswo[3]), auf die Verschiedenheiten des Textes in beiden Ueberlieferungen aufmerksam machen, und auf ut igitur als den ursprünglichen Text hinweisen wollen. Soll aber die Bemerkung in seiner Pandektenausgabe „ut igitur D. l. gemino eoque pleniore" ein mehreres bedeuten, so wäre

1) Besitzrecht, S. 261.
2) a. a. O. S. 30 flg.
3) Vgl. z. B. fr. 10 A. R. D. 41, 1.

Mommſen einfach im Irrtume. Paulus wird allerdings ut igitur geſchrieben haben, daraus folgt nur nichts für die Compilatoren. Hätten dieſe in fr. 8 ut igitur beibehalten, ſo würden ſie dieſe Conjunctionen in eine ganz andere Umgebung verſetzt haben, als in welcher ſie ſich bei Paulus urſprünglich befanden. Um dies zu verhindern, änderten ſie abſichtlich ut igitur in quemadmodum, und mußten auch ſo zu Werke gehen. Es giebt überhaupt eine ganze Reihe von Stellen, wo die Compilatoren den Anfang abſichtlich durch Partikel veränderten, weil ſie dieſelben aus ihrem urſprünglichen Zuſammenhange herausgeriſſen hatten [1]).

Ein urſprünglicher Zuſammenhang zwiſchen fr. 8 und den voraufgehenden Stellen kann unmöglich beſtanden haben: denn fr. 7 iſt einem ganz andern Edictsbuche des Paulus entnommen, und fr. 6 rührt von Ulpian her. Und wollte man annehmen, daß auf fr. 7 bei Paulus ein ähnlicher allgemeiner Satz gefolgt ſei, wie ihn uns fr. 8 bringt; ſo begriffe man die Compilatoren nicht, daß ſie fr. 8 aus einem ganz andern Buche entlehnten.

Leiſt hat einen neuen Zuſammenhang erſt geſchaffen, indem er das quemadmodum wieder in ut igitur verwandelte. Zu einer Gedankenentwicklung des Paulus können wir auf dieſe Weiſe nicht gelangen: denn mit welchen Vorderſätzen Paulus ſein ut igitur verband, wiſſen wir aus fr. 153 R. J. Ebenſowenig erhalten wir auf dieſe Weiſe eine Gedankenverbindung der Compilatoren, da Leiſt gerade den Irrweg einſchlägt, vor dem ſie mit ihrem quemadmodum gewarnt haben.

An dieſer Textesänderung hat übrigens Leiſt noch gar nicht einmal genug, um bloß äußerlich eine Verbindung zwiſchen der hier in Frage ſtehenden Regel und dem von ihm in's Auge gefaßten Fall herzuſtellen. Er verlangt noch weiter von uns, daß wir das von ihm befürwortete ut igitur nicht etwa mit dem voraufgehenden fr. 7, auch nicht etwa mit dem Schluſſe des fr. 6, ſondern mit dem vorletzten Satze in fr. 6

1) Vgl. Bluhme, Ztſchr. f. geſch. Rtsw. Bd. 4, S. 291.

„retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit“ in Verbindung ſetzen.

So wird denn dieſes ut igitur des Paulus mitten in eine Gedankenentwicklung Ulpian's hineingeſchoben. Ich glaube, die Verwandlung des quemadmodum der Compilatoren in ut igitur reicht allein ſchon hin, um die Leiſt'ſche Erklärung jeglicher quellenmäßigen Grundlage bar erſcheinen zu laſſen; der weiteren Zumutungen an uns hätte es dazu kaum noch bedurft.

Prüfen wir jetzt die weitere Frage: welche Rückwirkung die Leiſt'ſche Conjectur in fr. 8 A. u. A. P. auf fr. 153 R. J. ausüben muß.

Paulus ſagt einmal vom Beſitz: non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare uidearis in eo loco, in quo ego sto, uel in quo ego sedeo, tu sedere uidearis [1]). Genau ſo ſteht hier die Sache. Einen Vorderſatz, der unmittelbar voraufging, kann das ut igitur des Paulus ſelbſtverſtändlich nur gehabt haben. Wenn dieſer Vorderſatz nach Leiſt nun in fr. 7 oder gar fr. 6 A. u. A. P. zu ſuchen iſt, ſo bleibt natürlich nichts anderes übrig, als die Vorderſätze in fr. 153 den Compilatoren zuzuſchreiben: was Leiſt S. 44 denn auch in der That behauptet. Unter dieſen Umſtänden hätte es freilich nahe gelegen, die Compilatoren ebenfalls mit dem ut igitur zu belaſten, aber juſt bei dieſem Worte ſoll nach Leiſt der echte Paulus beginnen.

So beruht denn die Leiſt'ſche Conjectur auf einer Reihe von Gewaltthätigkeiten. Dem ut igitur des Paulus wird ein ganz anderer Vorderſatz angedichtet, als er ſelber gebracht hat; was er bringt, wird den Compilatoren zugeſchrieben. Außerdem müſſen dieſe ſich gefallen laſſen, daß ihr quemadmodum in ut igitur verwandelt wird, ſo daß wir alſo vom Standpunkte der Compilatoren aus ein ut igitur mit zwei ganz verſchiedenartigen Vorderſätzen erhalten.

Und was iſt durch all dieſe Gewaltthätigkeiten für die

1) fr. 3 § 5 A. u. A. P.

urſprüngliche Bedeutung unſerer Regel ſchließlich gewonnen? Ein ut igitur des Paulus wird mit einem retinet ergo des Ulpian verknüpft. Das iſt ungefähr ſo, als wenn jemand ein „alſo“ aus Göthe's Fauſt mit einer Stelle aus Schiller's Don Carlos in Verbindung bringen wollte.

Zu dieſen rein äußeren Bedenken geſellen ſich dann noch ſachliche, teils allgemeiner, teils beſonderer Natur.

Eine ſo beſchränkte Regel, wie Leiſt annimmt, haben jedenfalls die Juſtinian'ſchen Compilatoren nicht aufſtellen wollen: da ſie einen weit allgemeiner lautenden, ſelbſtändigen, mit quemadmodum beginnenden Satz als eignes Geſetz in den Titel aufgenommen haben, welcher vom Beſitzverluſte handelt; und dieſen Satz in dem Titel wiederholen, welcher eine Zuſammenſtellung allgemeiner Regeln enthält.

Eine ſo beſchränkte Regel hat auch Paulus nicht aufſtellen wollen: denn die uns hier berührende Regel wird von ihm in fr. 153 R. J. durch ein ut igitur an noch allgemeinere Sätze angeknüpft.

Nach Leiſt ſoll in unſerer Stelle dasſelbe geſagt ſein, was Papinian fr. 46 A. u. A. P. ausführe. Von den großen Verſchiedenheiten, die in dieſer Beziehung obwalten, war ſchon die Rede [1]). Und manches, was dort gegen Leiſt vorgebracht wurde, gehört auch hierher. Näher dargelegt werden mag nur noch, daß das in contrarium actum von Leiſt ſchwerlich richtig gehandhabt worden.

Leiſt, S. 36, ſagt in dieſer Beziehung wörtlich:

„Es iſt der Beſitz noch unverloren, ſo lange, nachdem das corpus durch heimliches Hereinkommen des Occupanten umgeworfen iſt, das alte Beſitzbewußtſein des ignorans possessor fortdauert, alſo nicht durch Erfahren der Occupation in ſein Gegenteil (das scire) verkehrt iſt.“

Verſuchen wir es zunächſt, uns den Begriff des Entgegengeſetzten und einer entgegengeſetzten Handlung klar zu machen.

Man unterſcheidet zwei Arten Gegenſätze: den contra-

1) Siehe oben § 18, S. 79 flg.

dictorischen und conträren [1]). Der contradictorische Gegensatz wird gebildet durch Bejahung und Verneinung. Mit conträrem Gegensatz bezeichnet man das Verhältnis zweier Arten derselben Gattung, die am meisten von einander abweichen: z. B. schwarz und weiß, tiefster und höchster Ton. Beim conträren Gegensatz müssen wir demnach Reihen bilden, die aus wenigstens drei Gliedern bestehen; diese Glieder stellen dann Anfang, Mitte und Ende dar, und die beiden äußersten Glieder, der Anfang und das Ende der Reihe, stehen zu einander in conträrem Gegensatz. Nur mit diesem, nicht mit dem contradictorischen haben wir es hier zu thun.

Verwenden wir jetzt den Begriff Gegensatz bei der entgegengesetzten Handlung.

Ein Soldat rückt in's Feld. Hier müssen wir folgende Reihe bilden: in's Feld rücken, Stand halten vor dem Feinde, Fluchtergreifen. Fluchtergreifen ist also die entgegengesetzte Handlung, nicht etwa der Umstand, daß dem einen Soldaten, der in's Feld rückt, ein anderer auf Schritt und Tritt folgt.

Jemand findet einen Schatz und nimmt ihn an sich. Tags darauf erfährt er, daß seine Großmutter gestorben sei. Ist das eine entgegengesetzte Handlung? Schwerlich. Wir haben hier vielmehr folgende Reihe zu bilden: Ansichnehmen des gefundenen Schatzes, Behalten, Wegwerfen.

Gehen wir zu den Besitzhandlungen über. Hier ist folgende Reihe zu bilden: der Besitz wird erworben, ausgeübt, aufgegeben. Entgegengesetzte Handlungen sind demnach: Erwerb des Besitzes und Aufgabe des Besitzes.

Nach unserer Regel wird der Besitz erworben durch ein körperliches Verhalten und eine Willensausübung; für den Verlust wird nach beiden Richtungen hin ein entgegengesetztes Handeln erfordert.

Das körperliche Verhalten für den Besitzerwerb an Grundstücken ist Betreten des Grundstückes. Hier ergiebt sich folgende Reihe: Betreten des Grundstückes, Verweilen auf dem

1) Vgl. z. B. Drobisch, Logik [4], § 24, 74, 75.

Grundstücke, Verlassen des Grundstückes. Die beiden entgegengesetzten Handlungen sind demnach: Betreten und Verlassen des Grundstückes. Das heimliche Hereinkommen eines Occupanten, während der Besitzer abwesend, ist gar keine Handlung, die im Gegensatze steht zur Erwerbshandlung des alten Besitzers, wie Leist meint. Dieser Occupant nimmt so wenig eine entgegengesetzte Handlung vor, wie der Soldat, welcher dem in's Feld rückenden Soldaten auf Schritt und Tritt folgt: er nimmt vielmehr dieselbe Erwerbshandlung vor, die der alte Besitzer in früherer Zeit einmal vorgenommen hatte. Oder um ein anderes Beispiel anzuführen, das Leist, S. 12, selber bringt und ganz richtig beurteilt: die Errichtung eines neuen Testamentes ist keine entgegengesetzte Handlung im Verhältnis zur Errichtung des alten Testamentes [1]).

Die Willensausübung bei Erwerb des Besitzes besteht in dem Vorsatz, Besitz erwerben zu wollen. Man betritt das Grundstück in dieser Absicht. Hier ergiebt sich folgende Reihe: der Wille, den Besitz zu erwerben, ihn zu erhalten, ihn aufzugeben. Also stehen zu einander in conträrem Gegensatze: der auf Erwerb und auf Verlust gerichtete Wille. Der Umstand, daß der alte Besitzer erfährt, sein Grundstück sei durch jemand occupiert, steht zur Besitzerwerbshandlung des alten Besitzers gerade so wenig in Gegensatz, wie die Nachricht des Schatzfinders, daß seine Großmutter gestorben sei, zum Ansichnehmen des Schatzes einen Gegensatz bildet.

Dieses Ergebnis, zu dem wir gelangen, indem wir den Begriff „entgegengesetzte Handlung" logisch richtig handhaben, erhalten wir auch, wenn wir uns den Zusammenhang unserer Stelle näher betrachten. Zunächst wird bei den Contractsobligationen Begründung und Befreiung einander entgegen-

1) In ähnlicher Weise, wie von Leist, wird auch von Kindel, Grundlagen, S. 259 flg., das contrarium gehandhabt. Dem gegenüber bemerkt Goldschmidt, in seiner Zeitschrift, Bd. 30, S. 288 ganz richtig: ‚Also: wird das Pferd des A. von B. gestohlen, so ist utrumque in contrarium actum, denn jetzt hat B. den Besitzwillen, also hat A. denselben nicht mehr!'

geſetzt: obligamur und liberamur. Dieſen Gegenſatz müſſen wir demnach auch übertragen auf das adquirimus und in contrarium actis amittimus der allgemeinen Regel; und von dieſer allgemeinen Regel wieder weiter auf den Beſitzverluſt.

Ueberblicken wir jetzt noch einmal den Entwicklungsgang der Leiſt'ſchen Unterſuchung.

Leiſt nimmt ſeinen Ausgangspunkt von den Vorderſätzen in fr. 153 R. J., deren Verbindung mit dem ut igitur den Compilatoren zugeſchrieben wird, S. 44. Im Sinne des Paulus wird nach einem andern Vorderſatze geſucht. Er wird dadurch gefunden, daß Leiſt das quemadmodum in fr. 8 A. u. A. P. in ut igitur verwandelt. Auf dieſe Weiſe kämen wir aber immer nur zu einem Zuſammenhange vom Standpunkte der Compilatoren aus, da fr. 7 aus einem ganz andern Edictsbuche des Paulus entnommen iſt, als fr. 8. Dieſes Bedenken ficht indes Leiſt ſo wenig an, daß er das ut igitur des Paulus ſogar in unmittelbare Verbindung mit dem retinet ergo des Ulpian in fr. 6 bringt. Außerdem wird noch eine Stelle Papinian's, fr. 46 A. u. A. P., herangezogen. So muß denn der Vorderſatz, den Paulus nach fr. 153 R. J. ſelber ſeinem ut igitur vorangeſetzt hatte, zurücktreten zu Gunſten einer eigentümlichen Verquickung von Paulus, Ulpian und Papinian. Dem Paulus wird genommen, was er ſelber bringt; und ihm dafür gegeben, was höchſtens eine Gedankenverbindung der Compilatoren hätte ſein können, wenn dieſe nämlich in fr. 8 A. u. A. P. das ut igitur beibehalten hätten. Da nun aber auch dieſe durch ihr quemadmodum ſich gegen eine ſolche Unterſtellung feierlichſt verwahrt haben, ſo bleibt eine Grundlage übrig, die lediglich auf Leiſt'ſcher Phantaſie beruht. Und auf dieſer Grundlage, für welche jeglicher Anhalt in den Quellen fehlt, wird mit einem Materiale fortgearbeitet, das, wenigſtens nach meinem Dafürhalten, kaum unglücklicher hätte gewählt werden können: wir finden nämlich den Begriff in contrarium actum in einer Weiſe gehandhabt, die weder logiſch noch ſprachlich haltbar.

Die Berückſichtigung der beiden hier angeführten Schrift-

steller, als Vertreter zweier entgegengesetzter Auffassungen, mag genügen. Nur das sei noch erwähnt, daß es auch nicht an Schriftstellern fehlt, die sich mit unserer Stelle gar keine Mühe weiter geben. In die Zahl dieser Schriftsteller ist neuerdings Ihering getreten. Derselbe meint [1]: die in fr. 153 R. J. für den Besitzesverlust aufgestellte Regel stimme „in keiner Weise zu den concreten Entscheidungen der römischen Juristen". Er glaubt, dies schon durch die bloße Frage beweisen zu können: „wie paßt sie zu dem Untergange des Besitzes mit dem Tode?"

§ 30. Anhang.

Die drei Entwicklungsstufen, welche der Besitz an Grundstücken durchgemacht hat, sind bisher als solche nicht erkannt worden; vor allen Dingen gilt dies von der Vermittlerrolle, die hierbei dem Rückkehrwillen zufällt. Dieser Umstand mag es rechtfertigen, wenn ich bei diesem Rückkehrwillen noch ein wenig verweile, zumal sich auf einem anderen Gebiete eine ganz analoge Entwicklung wie bei Grundstücken vollzogen hat, die ebenfalls noch im Schoße der Quellen verborgen liegt.

Was für den Besitz an Grundstücken das Verweilen auf denselben, ist für den Besitz an beweglichen Sachen die custodia. Eine nähere Begründung dieses Satzes und ein Eingehen auf den Begriff custodia muß ich mir hier versagen. Wie man aber beim Besitz an Grundstücken über das körperliche Verhältnis hinausgegangen ist und einen unkörperlichen Besitz geschaffen hat; so ist man auch nicht überall bei der custodia stehen geblieben [2]. Und hier finden wir nun den Rückkehrwillen ebenfalls in eigentümlicher Weise zur Erhaltung des Besitzes benutzt.

Wie der Mensch durch den Rückkehrwillen sich seinen Besitz an Grundstücken erhalten kann, so wird dem Menschen

---

1) Grund des Besitzesschutzes [2], S. 221.

2) Vgl. Pernice, in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 22, S. 419.

auch der Besitz an Tieren durch deren Willen, zum Grundstücke zurückzukehren, erhalten.

Paul. fr. 3 § 16 A. u. A. P.

Quidam recte putant columbas quoque, quae ab aedificiis nostris uolant, item apes, quae ex alueis nostris euolant et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri.

Das Zurückkehren muß nach der Gewohnheit geschehen. Dies weist auf eine kurze Abwesenheit hin. Wovon man also beim unkörperlichen Besitz an Grundstücken aller Wahrscheinlichkeit nach ausgegangen sein wird, dabei ist man hier stehen geblieben.

Bisher hat man sich meistens bloß um den Rückkehrwillen bei Tieren bekümmert, und dies als eine Besonderheit aufgefaßt; aber dieser Rückkehrwille hat auch seine Bedeutung für den Besitz an Sklaven. Und mit diesem will ich mich jetzt näher beschäftigen.

Der Schutz des Besitzes an beweglichen Sachen wird aller Wahrscheinlichkeit nach seinen Ausgangspunkt von den Sklaven genommen haben. Das Interdictum Utrubi lautete nämlich [1]):

Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni nec ui nec clam nec precario ab altero fuit, quo minus is eum ducat, uim fieri ueto.

Die Grundlage dieses Interdicts war der relativ längere Besitz vom letzten Jahre [2]). Dabei ist unter Besitz nur der körperlich durch custodia ausgeübte Besitz zu verstehen: utrubi hic homo .. fuit. Weil aber der relativ längere Besitz dieser Art genügte, genoß in der That auch das unkörperliche Verhältnis einen Rechtsschutz [3]). Damit war der Gedanke nahe gelegt, hier ebenfalls einen unkörperlichen Besitz auszubilden.

Dieser unkörperliche Besitz wurde gestützt auf den Rückkehrwillen der Sklaven. So noch Nerva der Sohn.

---

1) Vgl. Lenel, Edictum, S. 392.

2) Gai. 4, 150 qui maiore parte eius anni — — possidet.

3) Vgl. Bruns, Besitzklagen, S. 170 flg.

Pap. fr. 47 A. u. A. P. 41, 2.

Nerua filius . . scribit aliam causam esse hominis commodati omissa custodia: nam possessionem tamdiu ueterem fieri [1]), quamdiu nemo alius eum possidere coeperit, uidelicet ideo, quia potest homo proposito redeundi domino possessionem sui conseruare, cuius corpore ceteras quoque res possumus possidere. igitur earum quidem rerum, quae ratione uel anima carent, confestim amittitur possessio, homines autem retinentur, si reuertendi animum haberent.

Der Gedanke des Nerva iſt dieſer: wie wir durch den Körper des Sklaven ſonſtige Sachen beſitzen können [2]), ſo kann der Sklave durch den Rückkehrwillen ſeinem Herrn den Beſitz an ſich ſelber erhalten. Es braucht alſo die Obhut desjenigen, dem der Sklave geliehen war, gar nicht fortzudauern [3]). Andererſeits darf aber auch kein anderer von dem Sklaven Beſitz ergriffen haben [4]).

Von dieſem Standpunkte aus mußte der Beſitz eines Sklaven aufhören, der flüchtig geworden war. Daß Nerva in der That dieſer Anſicht huldigte, ergiebt

Paulus fr. 1 § 14 A. u. A. P. 41, 2.

Per seruum, qui in fuga sit, nihil posse nos possidere Nerva filius ait [licet respondeatur, quamdiu ab alio non possideatur, a nobis eum possideri ideoque

---

1) Statt fieri ſchlägt Mommſen retineri vor. Lenz, Recht des Beſ. S. 278, glaubt den Text halten zu können, da nach Briſſonius facere, vgl. denſelben bei dieſem Worte § 5, auch ſoviel als morari bedeute. Allein facere hat dieſe Bedeutung nur in Verbindung mit Zeitbegriffen, wie diem, annum u. dgl. Mir ſcheint es am wahrſcheinlichſten, vor fieri eine Lücke anzunehmen. Es ſoll hier ein Gegenſatz gebildet werden zum voraufgehenden ‚ueteris possessionis damnum adferre' und ſo könnte vor fieri ausgefallen ſein ‚seruari nec damnum possessioni ueteri'.

2) Vgl. oben § 24.

3) Vgl. noch fr. 3 § 13 A. u. A. P. Nerua filius res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri.

4) Vgl. Pomp. Proculus fr. 21 pr. A. R. D.

interim etiam usucapi][1]). sed utilitatis causa receptum est, ut impleatur usucapio, quamdiu nemo nactus sit eius possessionem. possessionem autem per eum adquiri, sicut per eos, quos in prouincia habemus, Cassii et Juliani sententia est.

Nerva sagt hier: durch einen flüchtigen Sklaven könne der Eigentümer nichts erwerben. Unter dem Nichts ist in diesem Zusammenhange jedenfalls der Besitz mitbegriffen, wenn nicht gar ausschließlich zu verstehen. Es wurde aber zufolge überlieferter Rechtsregel Besitz durch den Sklaven erworben, den der Eigentümer selber im Besitz hatte[2]). Da nun Nerva durch flüchtige Sklaven keinen Besitzerwerb gestattet, so werden wir folgern können: daß er an flüchtigen Sklaven auch keinen Besitz annahm.

Denselben Standpunkt nimmt noch Pomponius ein[3]).

Pomponius libro trigensimo primo ad Quintum Mucium. fr. 54 § 4 A. R. D. 41, 1.

sicuti ne per fugitiuum quidem, quem non possidet.

Hier wird ausdrücklich ausgesprochen, daß der Eigentümer am flüchtigen Sklaven keinen Besitz hat. In der Florentiner Handschrift wird die Stelle zwar dem Modestinus zugeschrieben. Allein bereits Schulting[4]) hat statt dessen Pomponius vorgeschlagen, weil dieser wirklich Bücher zum Quintus Mucius geschrieben hat und hier auch vom Erwerb durch Sklaven handelt[5]); während derartige Bücher des Modestinus außer hier und in der voraufgehenden Stelle sonst nirgends erwähnt werden, namentlich auch nicht im Index Florentinus. Außer-

---

1) Die eingeklammerten Worte sind wahrscheinlich ein Glossem, da sie der Gedankenentwicklung vorgreifen.

2) Gai. 2, 90, quia ipsos non possidemus; Gai. 2, 94, quia ipsum non possidemus; fr. 21 pr. A. R. D. 41, 1, quia seruum non possideam; fr. 1 § 6 A. u. A. P. 41, 2, qui ab alio possidetur.

3) Vgl. Bekker, Rt. des Bes. S. 61.

4) Notae ad Digesta, tom. 6, pag. 366, 367.

5) Vgl. fr. 37—40 de stip. seru. 45, 3.

dem nennt ein Baſilikenſcholion [1]) ausdrücklich Pomponius als den Verfaſſer dieſer Stelle.

Und wie Pomponius am flüchtigen Sklaven keinen Beſitz annahm, geſtattete er durch denſelben auch keinen Beſitzerwerb.

Pomponius fr. 15 De Publiciana 6, 2.

Si seruus meus, cum in fuga sit .. licet possessionem rei traditae per eum nactus non sim.

Deshalb verſagt ihm auch der Beweisgrund, deſſen ſich Julian bedient, um den Nießbrauch an flüchtigen Sklaven zu erhalten [2]).

Während es ihm andererſeits weniger Schwierigkeiten bereitet, dem vom flüchtigen Sklaven beſtohlenen Eigentümer einem ſpäteren gutgläubigen Beſitzer gegenüber eine furti actio zu gewähren [3]).

Ebenſo geſtattete Pomponius dem Sklaven, der ſich im Zuſtande der Freiheit befand, nur unter ganz beſonderen Vorausſetzungen Beſitzerwerb.

Pomponius fr. 31 § 2 de usurp. 41, 3.

Seruus, licet in libertate moretur, nihil possidet, nec per eum alius. atquin si nomine alicuius, dum in libertate moratur, nactus fuerit possessionem, adquiret ei, cuius nomine nactus fuerit.

Die Stelle wird von Pomponius herrühren, obwohl die Handſchriften ſie dem Paulus beilegen [4]).

Celſus dürfte ebenfalls dieſen Rechtsgelehrten zuzuzählen ſein. Wenigſtens ſpricht er in bemerkenswerter Allgemeinheit von einem fremden Sklaven, den niemand beſitze.

Ulp. fr. 34 § 2 A. u. A. P. 41, 2.

nam et seruus alienus, ut Celsus scribit, siue a me siue a nemine possideatur.

---

1) Scholion Τοῦ Ἀνων· Ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ zu Bas. 13, 1, 13, No. 3.

2) Fr. Vat. 89 = fr. 12 § 3 de usufr. 7, 1.

3) fr. 17 § 3 de furtis 47, 2. Vgl. zu dieſer Stelle Zimmern, Rozalklagen, S. 174 fgg.

4) Vgl. Schulting, Jurispr. Anteiust. pag. 208.

Aber dieser auf den Rückkehrwillen gestützte unkörperliche Besitz an Sklaven genügte nicht den Bedürfnissen des Lebens. Wenn ein Römer Sklaven in die Provinzen schickte, um für ihn zu verwalten und zu erwerben, sollte da die Erwerbsmöglichkeit vom Rückkehrwillen abhängen? Vielleicht dachte der Herr gar nicht daran, den Sklaven jemals wieder zurückkommen zu lassen. Hier scheint man zunächst vom Rückkehrwillen abgesehen zu haben. Bereits zur Zeit des Cassius, wie wir aus dem ausgeschriebenen fr. 1 § 14 ersehen, stand der Satz fest: durch Sklaven in der Provinz wird Besitz erworben.

Cassius und Julianus folgerten daraus weiter, wie die ausgeschriebene Stelle ebenfalls besagt: daß auch durch flüchtige Sklaven Besitz erworben werde. Und Julian nimmt demgemäß Fortdauer des Besitzes am flüchtigen Sklaven an.

Fr. Vat. 89.

Julianus tamen libro XXXV digestorum scribit . . qua ratione . . retinetur a proprietatis domino possessio, etiamsi in fuga seruus sit.

Dabei scheint aber zunächst mehr an Ersitzungsbesitz gedacht zu sein.

Ulp. fr. 17 § 3 de furtis 47, 2.

quod enim uideor possidere, ad usucapionem tantum mihi proficere Julianus scribit.

Hierauf weist auch hin das utilitatis causa receptum est im mehrerwähnten fr. 1 § 14.

Den Besitz am flüchtigen Sklaven sucht Gajus auf folgende Weise zu rechtfertigen: ein Sklave kann uns den Besitz sonstiger Sachen nicht entziehen, daher auch nicht seinen eignen.

Gaius fr. 15 A. u. A. P.

Et haec ratio est, quare uideamur fugitiuum possidere, quod is, quemadmodum aliarum rerum possessionem interuertere non potest, ita ne suam quidem potest.

Aehnlich drückt sich aus

Ulpianus fr. 13 pr. eodem.

namque fugitiuus idcirco a nobis possideri uidetur, ne ipse nos priuet possessione [1]).

Ob man aus der Fähigkeit des Provinzialsklaven, Besitz für den Herrn zu erwerben, ebenfalls auf eine Besitzesfortdauer schloß, wird zwar nirgends ausdrücklich gesagt. Indessen wenn selbst beim flüchtigen Sklaven der Besitz fortdauerte, so wird dies hier um so mehr anzunehmen sein [2]). Und diese Besitzesfortdauer bei flüchtigen Sklaven werden wir angesichts der allgemeinen Begründung bei Gajus und Ulpian kaum noch auf den Ersitzungsbesitz beschränken können [3]).

Zwar bezog sich der Satz, daß der Sklave seinem Herrn keinen Besitz an andern Sachen entziehen könne, ursprünglich ebenfalls nur auf den Ersitzungsbesitz.

Julianus fr. 33 § 6 de usurp. 41, 3 [4]).

nam quantum ad usucapiones attinet, serui subtrahendo res non faciunt deteriorem dominorum condicionem.

Aber derselbe Julian wendet denselben Satz in derselben Stelle doch auch schon auf den Interdictenbesitz des Pfandgläubigers an.

Si rem pignori datam creditoris seruus subripuerit, cum eam creditor possideret . . quia seruus dominum suum possessione non subuertit [5]).

So waren denn zwei wichtige Ausnahmen entstanden, wo man unkörperlichen Besitz bei Sklaven zuließ, ohne daß man ihn auf den Rückkehrwillen stützen konnte. Und dabei wird man kaum stehengeblieben sein. Aber in's Unermeßliche hat man diesen unkörperlichen Besitz doch auch nicht ausgedehnt, vielmehr sind hier zwei Schranken aufgerichtet worden.

Einmal ließ man den Besitz am flüchtigen Sklaven, ge-

1) Sonstige Stellen über den Besitz an flüchtigen Sklaven: Paul. Sent. 2, 31, 37; fr. 21 R. V.

2) Nahe legt diesen Gedanken namentlich Ulp. fr. 5 § 6 ad exh. 10, 4.

3) So auch Ruborff zu Savigny, Rt. des Bes.[7], S. 642.

4) Vgl. zu dieser Stelle Dernburg, Pfandrecht, Bd. 2, S. 81 fgg.

5) Vgl. fr. 1 § 15, fr. 36 A. u. A. P.

rabe sowie den auf dem Rückkehrwillen beruhenden Besitz, nur so lange dauern, als ein anderer nicht Besitz am Sklaven erworben hatte.

Hermogenianus fr. 50 § 1 A. u. A. P.
si neque ab alio possideatur.

Dies wird auch für den Ersitzungsbesitz im oben ausgeschriebenen fr. 1 § 14 ausdrücklich hervorgehoben.

Eine andere Schranke scheint mit der in die Zwölftafeln hinübergenommenen Bestimmung in Zusammenhang zu stehen: daß die Vindicien zu Gunsten der Freiheit zu erteilen seien [1]). In Anlehnung hieran wird sich der Satz gebildet haben, der uns mehrfach in den Quellen entgegentritt:

Ordinata liberali causa liberi loco habetur is, qui de statu suo litigat [2]).

Unter dem Ordnen der Freiheitssache ist zu verstehen die Bestimmung darüber: wem im Freiheitsprocesse die Klägerrolle zufiel. In dieser Beziehung war maßgebend: ob sich der, dessen Freiheit bestritten wurde, bisher in Sklaverei befunden hatte, oder wenn er schon im Besitze der Freiheit gewesen, ob hierbei auch Arglist obwaltete [3]). War dies streitig, so mußte die Frage in einem Vorverfahren besonders entschieden werden [4]).

Die Entscheidung dieser Frage hatte ihre große Bedeutung für die Beweislast, war aber ohne Einfluß auf den Zustand dessen, der seine Freiheit in Anspruch nahm für die Dauer des Processes. Denn für diese Zeit galt er als frei, mochte

1) fr. 2 § 24 O. I. 1, 2.

2) fr. 24 pr., fr. 25 § 2, fr. 29 pr. de lib. causa 40, 12.

3) fr. 7 § 5 eodem.

4) c. 21 de lib. causa 7, 16. praeiudicium edicto perpetuo ‚si controuersia erit, utrum ex seruitute in libertatem petatur an ex libertate in seruitutem'. Dieses praeiudicium wird von Lenel, Edict. S. 305, augenscheinlich unrichtig aufgefaßt. Welche Bewandtnis es mit der praeiudicialis actio, an aliquis liber sit, in § 13 de act. 4, 6, haben möge, mag hier dahingestellt bleiben. Ebensowenig ist hier der Ort, auf die neuerdings von Zitelmann, Recht von Gortyn, S. 87, Anm. 33, noch für die spätere Zeit behauptete Notwendigkeit einer contrauindicatio in seruitutem näher einzugehen. Ich fürchte, Zitelmann nennt Contravindication, was nichts weiter ist als direkter Gegenbeweis, und als solcher geltend zu machen war.

ihm nun die Kläger- oder Beklagtenrolle zugewiesen sein[1]). Für diese Zeit wird er sich also auch vermutlich gar nicht in der Behausung seines vermeintlichen Herrn befunden haben[2]).

Wenn aber derjenige, der seine Freiheit in Anspruch nahm, für die Dauer des Freiheitsprocesses als frei betrachtet wurde, so scheint damit ein Besitz desselben kaum verträglich zu sein. So wird denn die Sache auch von Gajus dargestellt.

Gaius fr. 25 § 2 de liberali causa 40, 12.

Licet uulgo dicatur post ordinatum liberale iudicium hominem, cuius de statu controuersia est, liberi loco esse, tamen, si seruus sit, certum est nihilominus eum, quod ei tradatur[3]) uel stipuletur, perinde domino adquirere atque si non de libertate eius quaerebatur. tantum de possessione uidebimus, cum ipsum post litem ordinatam desinat dominus possidere: sed magis est, ut adquirat, licet ab eo non possideatur. et cum placuit per fugitiuum quoque nos possessionem adquirere posse, quid mirum etiam per hunc, de quo quaeramus, adquiri?

Hiernach soll zwar der Besitz, den ein um seine Freiheit Streitender während des Freiheitsprocesses erwirbt, dem Eigentümer erworben sein, wenn sich herausstellt, daß er wirklich dessen Sklave war. Aber im übrigen stellt Gajus mit großer Bestimmtheit den Satz auf, daß der Besitz nach Anordnung des Freiheitsprocesses, also nach Beendigung eines etwaigen Vorverfahrens, aufhöre[4]).

---

1) Vgl. Cuiacius in lib. LI. Pauli ad edictum, opera, tom. 5, c. 672; fr. 33 § 1 de proc. 3, 3. Dies übersieht Bekker, Rt. des Bes. S. 60.

2) c. 14 de lib. causa 7, 16. Lite ordinata in possessione libertatis is, de cuius libertate quaeritur, constituitur.

3) Tradatur kann Gajus nicht geschrieben haben. Schloßmann, in Grünhut's Zeitschr. Bd. 8, S. 451, verwandelt dieses Wort im Sinne von Gajus in mancipetur. Eleganter wäre es vielleicht, mancipio accipiat an die Stelle von ei tradatur zu setzen, weil wir dann nicht nötig haben, aus ei ein is zu stipuletur zu ergänzen.

4) Hier ist demnach die Möglichkeit gegeben, daß dem Besitzer die

So dürfte auch gedacht haben

Ulp. fr. 12 ex quib. caus. 4, 6.

Is autem, qui de statu suo litigat, ex quo lis inchoata est hoc edicto non continetur: tamdiu igitur in seruitute esse uidetur, quamdiu non est eiusmodi lis coepta.

Von Paulus gehören zwei Ausſprüche hierher.

Paulus, libro quinto decimo ad Plautium, fr. 15 § 1 de usurp. 41, 3.

Si seruus, quem possidebam, fugerit, [si [1]) pro libero se gerat] uidebitur a domino possideri: sed hoc tunc intellegendum est, cum, si adprehensus fuerit, non sit paratus pro sua libertate litigare: nam si paratus sit litigare, non uidebitur a domino possideri, cui se aduersarium praeparauit.

Dieſe Ausführung ſcheint mit den anderen Stellen und der hergebrachten Auffaſſung in Einklang zu ſtehen. In einer andern Stelle wird aber von Paulus eine eigentümliche Einſchränkung vorgenommen.

Paulus, libro quinquagensimo quarto ad edictum fr. 3 § 10 A. u. A. P.

Si seruus, quem possidebam, pro libero se gerat, [ut fecit Spartacus] [2]) et iudicium liberale pati paratus sit, non uidebitur a domino possideri, cui se aduersarium praeparat. sed hoc ita uerum est, si diu in libertate moratur: alioquin si ex possessione seruitutis in libertatem reclamauerit et liberale iudicium implorauerit, nihilo minus in possessione mea est et animo eum possideo, donec liber fuerit pronuntiatus.

Klägerrolle zufällt. Sollte ſich darauf am Ende gar beziehen § 2 de act. 4, 6: sane uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes optinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit?

1) Statt si ſchlägt Mommſen etsi vor, eine Reihe von Handſchriften hat nisi. Vielleicht iſt der ganze eingeklammerte Satz ein Gloſſem, das aus fr. 8 § 10 A. u. A. P. entnommen wurde.

2) Die eingeklammerten Worte ſind mit Mommſen als Gloſſem zu ſtreichen.

Hiernach soll der Freiheitsproceß nur dann den Besitzesverlust zur Folge haben, wenn der die Freiheit in Anspruch Nehmende sich vorher lange im Zustande der Freiheit befand. Wenn er aber aus dem Besitze der Sklaverei heraus den Freiheitsproceß begehrte, dann soll der Besitz bis zur Freisprechung dauern.

Setzen wir also folgenden Fall. Wer am Vormittage noch seine Arbeit als Sklave verrichtet hat, erklärt Mittags seinem Herrn: er sei frei und bereit, seine Freiheit vor Gericht darzuthun, für den erforderlichen adsertor sei ebenfalls schon Sorge getragen. Der Herr nimmt den Proceß auf, muß allerdings gestatten, daß der vermeintliche Freie für die Dauer des Processes sein Haus verläßt; soll aber gleichwohl nach Paulus den Besitz behalten.

Was dagegen das lange Verweilen im Zustande der Freiheit anbetrifft, so müssen wir auf alle Fälle die formlose Freilassung ausscheiden: denn diese hätte dem Sklaven die Freiheit verschafft, wenn auch nur die Freiheit eines Latinen [1]). Wir müssen uns also die Sache so vorstellen: daß der vermeintliche Freie das Haus seines bisherigen Herrn entweder wider dessen Willen verließ; oder daß der Herr damals noch unschlüssig war, ob er sich auf einen Freiheitsproceß einlassen solle. Steht es so, dann soll der Besitz nach Paulus zunächst zwar noch fortdauern, aber mit dem Beginne des Freiheitsprocesses aufhören.

Zwischen beiden Fällen liegen noch andere in der Mitte. Der vermeintliche Freie ist fortgelaufen, aber nach einigen Tagen ergriffen worden; in diesem Augenblicke erklärt er, den Freiheitsproceß aufnehmen zu wollen. Oder der vermeintliche Freie ist lange fortgewesen, hat sich aber nicht als Freier benommen, sondern als Flüchtling verborgen gehalten [2]). Im ersteren Falle fehlt es einerseits an der Länge der Zeit, andererseits können wir aber auch nicht sagen, daß das Bereit-

1) Fragm. (Dositheanum) de manumissionibus, § 6; fr. 38 pr. A. u. A. P.

2) Vgl. fr. 10 de lib. causa 40, 12.

sein zum Processe aus dem Besitze der Sklaverei heraus erfolgte. Denn das ex possessione servitutis können wir doch nur so verstehen, daß der vermeintliche Freie bis zur Proceßbereitschaft seine Dienste als Sklave verrichtete. Im zweiten Falle haben wir zwar ein langes Fortbleiben, aber der Betreffende hatte sich nicht als Freier benommen[1]). Ich will es dahingestellt sein lassen, wie diese Fälle im Sinne des Paulus zu entscheiden sein mögen.

Daß Paulus hier in dem Falle von der hergebrachten Anschauung abwich, wo der thatsächliche Besitz des Sklaven bis zur Proceßbereitschaft gedauert hatte: ist nicht zweifelhaft. Und ebensowenig kann man in Abrede nehmen, daß Paulus mit sich selber in Widerspruch tritt[2]). Eine Erklärung dieses Widerspruches ist kaum anders möglich, als daß wir die Stelle, wo Paulus noch der hergebrachten Auffassung folgt, für die ältere erklären. Damit hätten wir zugleich eine Zeitbestimmung für das Verhältnis von Plautius-Commentar und Edictscommentar[3]): das 15te Buch zum Plautius muß vor dem 54ten Edictsbuche geschrieben sein.

Duncker[4]) nimmt an dem in Rede stehenden fr. 3 § 10 Anstoß, weil es zu dem Besitzesbegriff, wie er ihn sich gebildet hat, nicht recht stimmen will. Er glaubt daher, daß der Besitz des Herrn bloß dritten gegenüber nicht als beseitigt gelte. Allein bliebe dann doch nicht immer noch eine Art von Besitz übrig? Was berechtigt uns ferner, eine solche Beschränkung in die Stelle hineinzulegen, und einen Besitzesbegriff zu bilden, der sonst ohne Analogie dasteht?

---

1) Bekker, Rt. des Bes. S. 59, findet es auffällig, daß ein solcher nicht als Freier galt. Ich denke, die Römer haben hier ganz das Richtige getroffen.

2) Dies scheint anzunehmen Ihering, Grund des Besitzesschutzes, S. 219, während Rudorff zu Savigny, Rt. des Bes. S. 643, anderer Ansicht ist.

3) Bekanntlich fehlt es sehr an äußern Merkmalen, um das Alter der Schriften des Paulus feststellen zu können. Vgl. Fitting, Alter, S. 44, und Mommsen, Ztschrift für Rtsgesch. Bd. 9, S. 114—116.

4) Besitzklage, S. 180.

Nicht minder wie der Widerspruch selber, ist auch die Art und Weise bemerkenswert: wie Paulus in dem angegebenen Falle die Besitzesfortdauer begründet. Er geht zurück auf den Willen des Herrn: der Herr will gar nicht den Besitz verlieren, weil er sofort zum Processe bereit ist, und durch diesen seinen Willen soll er sich den Besitz erhalten. Das ist ein ganz neuer Gedanke für die Handhabung des unkörperlichen Besitzes am Sklaven.

Ob aber Paulus trotz dieses neuen Gedankens für seine Abweichung von der hergebrachten Auffassung Nachfolger gefunden habe: darüber kann man zweifelhaft sein. Vielleicht hat die spätere Entwicklung gerade den entgegengesetzten Weg eingeschlagen. Wenigstens scheint der bereits der christlichen Kaiserzeit angehörende Hermogenian jeglichen Besitz an einem Sklaven zu leugnen, welcher sich für frei hält, mag es nun zum Freiheitsprocesse kommen oder nicht.

Hermogenianus fr. 50 § 1 A. u. A. P.

Per seruum in fuga agentem, si neque ab alio possideatur neque se liberum esse credat, possessio nobis adquiritur.

Andererseits sehen wir Paulus, was die Zurückführung des unkörperlichen Besitzes am Sklaven auf den Willen des Besitzers anbetrifft, hierfür auch sonst eintreten.

Paul. sent. 4, 14 § 3.

fugitiui quoque, quorum semper possessio animo retinetur.

Hier wird der Besitz am flüchtigen Sklaven auf den Willen des Herrn zurückgeführt; und zwar werden wir uns diesen Willen richtiger wohl als einen Nichtwillen zu denken haben — der Herr will den Besitz des Sklaven nicht aufgeben — da es ja sein kann, daß die Flucht dem Herrn längere oder kürzere Zeit verborgen bleibt.

Neuerdings hat der Besitz am flüchtigen Sklaven auch die Aufmerksamkeit Wendt's[1]) erregt wegen der Mannigfaltigkeit,

1) Ihering's Jahrbücher, Bd. 22, S. 358—361.

die uns hier in den Entscheidungen der Quellen entgegentritt. Freilich betrachtet Wendt diese Mannigfaltigkeit mit ganz andern Augen. In dieser Beziehung ist namentlich folgende Äußerung bemerkenswert:

„Indes auch hier wird nicht die Doctrin beschuldigt werden dürfen, wird nicht auf eine allmähliche Veränderung des principiellen Standpunktes und des maßgebenden Rechtssatzes geschlossen werden dürfen!"

Stellen wir jetzt die Entwicklung des Sklavenbesitzes mit dem Grundstücksbesitze in Parallele.

Beim Grundstücke ging man aus von dem Verweilen auf dem Grundstücke, bei Sklaven von der körperlichen custodia.

Bei Grundstücken wurde der unkörperliche Besitz zunächst gestützt auf den Rückkehrwillen des Besitzers, bei Sklaven auf den Rückkehrwillen des Sklaven.

Bei Grundstücken genügte es schließlich, wenn der Besitzer beim Verlassen des Grundstückes nur nicht die Absicht hatte, den Besitz aufzugeben. In ähnlicher Weise hat man auch für den unkörperlichen Sklavenbesitz eine negative Grundlage geschaffen. Man sagte: wie der Sklave an sonstigen Sachen seinem Herrn keinen Besitz entziehen kann, so auch nicht den Besitz an seiner eignen Person. Die Auffassung erinnert gleichzeitig an den für den Detentor eines Grundstückes geltenden Satz: ‚ipsum sibi causam possessionis mutare non posse' [1]).

Trotz der neuen negativen Grundlage hat die auf dem Rückkehrwillen beruhende Anschauung beim Besitze an Grundstücken noch ihre Spuren hinterlassen. Ebenso stimmt der aus alter Zeit überlieferte Satz, daß der Besitz eines Sklaven während des Freiheitsprocesses aufhöre, zwar zum Rückkehrwillen, aber nicht zu der neuen negativen Grundlage [2]).

---

1) Vgl. Bekker, Rt. des Bes. S. 61.

2) Eigentümlich ist die Auffassung von Liebe, Besitz als Recht in thesi, S. 55. ‚Abgesehen von der potestas würde nur das propositum redeundi des Sklaven die Fortdauer unserer Herrschaft begründen. Im Falle der potestas hingegen hält die Pflicht zur Rückkehr unsern Besitz aufrecht. Der Rebelle bleibt Unterthan.' Ferner S. 110. ‚Prägnant ist, daß dem Sklaven

Der unkörperliche Besitz an Sklaven dauert nur so lange, bis nicht ein dritter Besitz von demselben ergriffen hat. Ebenso hat auch die Besitzergreifung eines leeren Grundstücks für den alten Besitzer eine weit größere Bedeutung, als man bisher gemeiniglich angenommen hat.

So sehen wir denn, wie sich beide Fälle des unkörperlichen Besitzes in gewisser Weise parallel entwickeln: ein Umstand, der es nahe legen mußte, beiderlei Besitz auf einen und denselben Grundgedanken zurückzuführen. Diese That sehen wir Paulus vollbringen. Wie Paulus schon bei Grundstücken stärker als andere den Willensbesitz betonte [1]), so führt er auch den unkörperlichen Besitz am Sklaven auf den Willen des Herrn zurück. Dies ist aber eine ganz vereinzelte Auffassung des Paulus; man möchte denn noch hierher stellen wollen das ‚quia non discesserit animo possessione' in fr. 15 § 4 de precario 43, 26, worauf Pomponius beim Precarium eines Sklaven den Doppelbesitz des Gebers stützt. Abgesehen hiervon ist der unkörperliche Besitz am Sklaven nicht auf den Willen des Herrn gestützt worden. Zunächst sah man auf den Rückkehrwillen des Sklaven, sodann versagte man ihm die Fähigkeit, sich selber zu entwenden.

BB. Besitzesverlust bei fortdauerndem körperlichen Verhältnis.

1. § 31. Der Begriff körperliches Verhältnis.

Bevor ich dazu übergehe, die einzelnen Fälle des Besitzesverlustes bei fortdauerndem körperlichen Verhältnisse darzustellen, bedarf der Begriff körperliches Verhältnis selber einer näheren Bestimmung.

---

ein eigenwilliges Heraustreten aus der Abhängigkeit von unserm Willen unmöglich ist. Seine Bahn wird durch die Pflicht, den kategorischen Imperativ, als bestimmt gedacht, und dieses Band kann er nicht gleich der fera bestia quae in naturalem libertatem se recipit zerreißen'. Allein fr. 47 A. u. A. P., auf welches Liebe sich beruft, berücksichtigt ja gerade den Rückkehrwillen bei vorhandenem Gewaltverhältnis: proposito redeundi domino possessionem sui conseruare.

1) Vgl. z. B. oben § 8.

Bisher ist man bemüht gewesen, diesen Begriff so zu fassen, daß er sowohl auf Grundstücke wie bewegliche Sachen passen sollte. Nicht zum Vorteile dieses Begriffes, und nicht im Einklang mit den Quellen. Denn das körperliche Verhältnis bei beweglichen Sachen ist, wie dies schon in ihrer Natur liegt, und wie dies von den Römern auch gar nicht verkannt worden, ein wesentlich anderes, wie bei Grundstücken. Ueberhaupt hat der Besitzesbegriff für bewegliche Sachen lange nicht die Bedeutung, wie für Grundstücke. Der Hauptfall bei den Römern, Besitz an Sklaven, ist fortgefallen; und ein Interdict zum Schutze gestörten Besitzes bei sonstigen beweglichen Sachen dürfte heutzutage kaum vorkommen. Uns kümmern hier jedenfalls nur Grundstücke, und von diesem Gesichtspunkte aus sollen die aufgestellten Begriffsbestimmungen einer Prüfung unterzogen werden.

Nach Savigny[1]) ist corpus „die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken, und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen." Savigny behauptet sogar von dieser Begriffsbestimmung, daß alle sich unter dem Besitz einer Sache diesen Zustand dächten[2]).

Windscheid[3]) wendet dagegen ein: daß man den Zusatz „und jede fremde Wirkung u. s. w." streichen müsse. Gewiß mit vollkommenem Rechte[4]). Wenn dieser Zusatz richtig wäre, so gäbe es kaum noch Besitz an Grundstücken. Denn welcher Privatmann ist wohl im Stande, seinen Grundbesitz gegen eine bewaffnete Gewalt zu verteidigen?

Somit bleibt nur noch „die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken", was Windscheid „thatsächliche Gewalt" nennt. Besonders hervorgehoben wird von ihm wie andern, daß eine körperliche Berührung der Sache nicht

---

1) Rt. des Bes.[7], S. 210.

2) a. a. O. S. 26.

3) Pandekten, Bd. 1[5], § 153.

4) Vgl. auch Exner, Tradition, S. 89 A. 7; Duncker, Besitzklage, S. 198.

erforderlich sei. Nach Bruns[1]) bezweifelt niemand, „daß der Besitz die physische Herrschaft über eine körperliche Sache zur Grundlage habe."

Gleichwohl dürfte auch diese Auffassung noch viel zu weit sein. Man denke sich einen Feldherrn, der an einem Punkte eine Batterie Kanonen aufpflanzen läßt. Ein solcher Feldherr ist in der Lage, auf viele Grundstücke unmittelbar zu wirken, er hat viele Grundstücke im Umkreise in seiner thatsächlichen Gewalt; schwerlich werden wir aber ein solches körperliches Verhältnis für den Besitz als ausreichend anerkennen können. Ein solcher Feldherr ist ebensowenig körperlicher Besitzer der Grundstücke, welche er mit seinen Kanonen zu bestreichen im Stande ist, wie der Zimmermann, welcher mit einer Axt durch den Wald geht, körperlicher Besitzer der Bäume ist, welche er mit der Axt fällen kann.

Ihering, der die Savigny'sche Begriffsbestimmung namentlich von den beweglichen Sachen aus bekämpft hat[2]), erblickt in dem Besitze die Thatsächlichkeit des Eigentums. Auch das ist viel zu weit gegangen, wovon schon früher die Rede war[3]).

Goldschmidt[4]) hält auf Grund der Ihering'schen Ausführungen „eine leichte Modification" der herrschenden Ansicht für geboten.

Duncker[5]) bezeichnet corpus als „die Möglichkeit, jederzeit die maßgebende Persönlichkeit in Betreff der Sache zu sein". Diese Begriffsbestimmung umfaßt aber den unkörperlichen Besitz schon mit. Und Duncker trägt denn auch nicht das mindeste Bedenken, den Besitz an einer Alm, die der Besitzer verlassen hat, als körperlichen Besitz aufzufassen, obwohl das von ihm angeführte fr. 3 § 11 A. u. A. P. ausdrücklich von einem animo possidere spricht.

---

1) Das Rt. des Bes., S. 2.
2) Grund des Besitzesschutzes[2], S. 161 flg.
3) Vgl. oben § 6.
4) Handelsrecht, Bd. 1[1], S. 1233.
5) Besitzklage, S. 177, 178.

Noch verschwommener wird die Sache bei Kindel[1]), der „die durch den Gesetzgeber irgendwie garantierte Möglichkeit körperlicher Herrschaft" an die Stelle der factischen Möglichkeit setzt[2]).

Wendt[3]) kann nicht finden, daß bei den neueren Angriffen auf die Savigny'sche Formel etwas wesentlich anderes gewonnen sei; man spreche nur deutlicher aus, „daß sich eine feste, alle denkbaren Fälle unmittelbar entscheidende Regel nicht geben lasse".

Nach Brinz[4]) ist Besitz „ein gewisser Verband zwischen Sache und Person": das ist zwar richtig, aber kaum genau genug.

Randa[5]) hält Inhabung für die Grundlage des Besitzes und versteht unter Inhabung „bloß factisches Machtverhältnis mit und ohne Beziehung auf Bewußtsein und Willen des Machthabers". Sollte aber der Begriff Macht da noch passen, wo es an Willen und Bewußtsein fehlt?

Auf Bekker und Pininski soll sogleich, in Anlehnung an meine eigne Ansicht, näher eingegangen werden.

Wir haben bei Feststellung des in Frage stehenden Begriffes zu unterscheiden: den Erwerb und die Ausübung des Besitzes; ferner ob dem einen Besitzer ein anderer gegenübersteht, der ebenfalls Besitz in Anspruch nimmt.

I. Die einfachen Fälle.

1. Gehen wir von der Besitzesausübung aus und betrachten wir zunächst den einfachen Fall, wenn dem einen Besitzer kein anderer gegenübersteht.

In diesem Falle besteht das körperliche Verhältnis des Besitzes einfach darin, daß der Besitzer auf seinem Grundstücke verweilt. „Das ist meine Hütte! Ich stehe wieder auf dem

1) Grundlagen, S. 12 u. sonst.
2) Vgl. dazu Goldschmidt in seiner Zeitschrift, Bd. 30, S. 286 flg.
3) Ihering's Jahrb. Bd. 22, S. 349.
4) Pandekten, Bd. 1², S. 493.
5) Besitz², S. 11.

Meinigen": das ist Besitzesausübung. Weder Kohl- und Rübenbau, noch Machtentfaltung ist dazu erforderlich.

Oder, um mich ganz nüchtern auszudrücken, kann ich mich des Anfanges der Begriffsbestimmung bedienen, die Bruns bei Holtzendorff[1]) giebt: „eine Sache besitzen heißt eigentlich auf ihr sitzen". Daran habe ich vollständig genug.

Was Bruns sonst noch hinzufügt von thatsächlich in seiner Gewalt haben u. s. w., kommt für mich nicht in Betracht. Dies dürfte auch der Standpunkt der Quellen sein.

Paulus fr. 1 pr. A. u. A. P. 41, 2.

Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus[2]) quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt.

Paulus fr. 3 § 5 eodem.

non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare uidearis in eo loco, in quo ego sto, uel in quo ego sedeo, tu sedere uidearis.

Dieses Verweilen auf dem Grundstücke, worin ich das körperliche Verhältnis der Besitzesausübung erblicke, ist nicht als Macht oder Herrschaft aufzufassen, denn selbst ein neugebornes Kind kann Besitz ausüben.

Paulus fr. 32 § 2 eodem.

Infans possidere recte potest.

Ferner setze man folgenden Fall. Ein Hausbesitzer, der Abends im Wirtshause Streit gehabt hat, sieht am andern Morgen seinen Gegner mit einem Knittel auf sein Haus zukommen. In Folge dessen läuft er auf den Boden und versteckt sich unter einer Kiste. Dieser Hausbesitzer übt fortwährend auf dem Hausboden unter der Kiste körperlichen Besitz aus[3]). Wo bleibt aber hier die Machtentfaltung?

Ebensowenig trifft eine andere Beschränkung zu, die Bekker in das körperliche Verhältnis hineingelegt hat. Nach

1) Encyclopädie[3], S. 379.

2) An dieser Herleitung ist so viel richtig, daß possidere auf dem sedere beruht.

3) Vgl. fr. 6 pr. A. u. A. P. 41, 2.

Bekker[1]) soll corpus „Handlung, gewollte Körperbewegung, gerade der reine Willensact" sein, während animus „noch am besten als Absicht" zu bezeichnen wäre.

Bekker fordert uns auf, dem Begriffe Handlung näher nachzugehen, was an der Hand von Zitelmann[2]) jetzt geschehen soll.

Die Handlung ist teils ein psychisches, teils ein physisches Geschehen. Als physisches Geschehen ist die Handlung körperliche Bewegung, als psychisches Geschehen wird sie durch den Willen verursacht. Körperliche Bewegung ist ein aus Muskelcontraction und Erregung der motorischen Nerven zusammengesetzter Proceß; der Wille ist derjenige psychische Act, durch welchen unmittelbar die motorischen Nerven erregt werden, und diese bewirken wiederum die Muskelcontraction.

Von diesem Gesichtspunkte aus wird allerdings das Verweilen auf einem Grundstücke vielfach aus einer Reihe von Handlungen bestehen. Wenn ich ein Grundstück betrete, wenn ich auf einem Grundstücke hin- und hergehe, wenn ich mich dort hinsetze — alles ist Muskelcontraction, welche durch meine motorischen Nerven bewirkt wurde; und diese Erregung der motorischen Nerven ist als Ausfluß meines Willens zu betrachten.

Ja, selbst wenn ich den Entschluß fasse, stillzustehen, so ist dies ebenfalls eine Handlung, wenn auch eine Handlung anderer Art. Während ich gehe, sind meine motorischen Nerven erregt; und diese Erregung dauert fort, ohne daß ich meinen Willen besonders anzuspannen brauche. Indem ich nun den Entschluß fasse, stillzustehen, geht mein Wille dahin, die Erregung der motorischen Nerven nicht zu einer Muskelcontraction werden zu lassen: die neue Arbeit der Muskeln besteht darin, daß eine andere auf die Muskeln wirkende Kraft gehemmt wird. Das ist negative Handlung oder Unterlassung, also ebenfalls eine Willensäußerung.

---

1) Rt. des Bes. S. 160, 161.

2) Irrtum, S. 32 flg.

Wenn aber auch das Verweilen auf einem Grundstücke sich vielfach als ein Handeln darstellt, so ist doch die Frage, ob die Römer solche Willensäußerungen mit ihrem körperlichen Verhältnisse haben treffen wollen. Dagegen spricht, daß auch ein Kind den Besitz ausüben kann, wie wir bereits gesehen haben; dagegen spricht ferner die Besitzesausübung durch Schlafende und Wahnsinnige.

Pomponius (nicht Paulus) [1]) fr. 31 § 3 de usurp. 41, 3.

si is furere coeperit, donec in eadem causa res fuerit, intellegendum est et possessionem apud me remanere et usucapionem procedere, sicuti per dormientes quoque eos idem nobis contingeret.

Pomponius fr. 25 § 1 A. u. A. P. 41, 2.

et si . . furere incipiant . . intellegimur nos retinere possessionem.

Papinianus fr. 44 § 6 de usurp. 41, 3.

Eum, qui postea quam usucapere coepit in furorem incidit . . ex omni causa implere usucapionem.

So besteht denn die körperliche Ausübung des Besitzes in Verweilen auf dem Grundstücke. Daß das Verweilen von Willensäußerungen begleitet sei, ist ebensowenig erforderlich, wie Machtentfaltung. Mit dem Verlassen des Grundstückes hört dieses körperliche Verhältnis auf, nicht aber notwendig der Besitz. Dieser konnte ursprünglich durch den Rückkehrwillen erhalten werden; später genügte, wenn das Verlassen nur nicht in der Absicht geschah, den Besitz aufzugeben. Der so fortdauernde Besitz ist aber kein körperlicher mehr, sondern unkörperlicher.

2. Ich wende mich jetzt zum Erwerb des Besitzes, und denke mir auch hier den Fall zunächst möglichst einfach, setze also ein leeres Grundstück voraus.

Sind die Ergebnisse, zu denen wir bisher gelangten, richtig; besteht die körperliche Besitzausübung in Verweilen auf dem Grundstücke; ist ferner ein unkörperlicher Besitz an Grund-

1) Vgl. oben § 30, S. 147, Anm. 4.

ſtücken nur in Anlehnung an einen körperlichen denkbar; ſo folgt mit Notwendigkeit: es giebt keinen Beſitzerwerb an Grundſtücken durch bloßen Willen, es muß ein körperliches Verhältnis hinzukommen, und dieſes körperliche Verhältnis beſteht im Betreten des Grundſtückes. Dieſer Satz wird denn auch in den Quellen ausgeſprochen.

Ulp. fr. 77 R. V. 6, 1.

proponebatur, quod etiam in eo agro qui donabatur fuisset, cum epistula emitteretur: quae res sufficiebat ad traditam possessionem.

Paulus fr. 3 § 1 A. u. A. P. 41, 2.

quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere uelit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire.

Die letztere Stelle hebt hervor, daß ich nicht jede einzelne Scholle zu umwandeln brauche; es genügt, iſt andererſeits aber auch notwendig, daß ich einen beliebigen Teil des Grundſtückes betrete.

Der Satz macht einen etwas formaliſtiſchen Eindruck: denn warum, ſo möchte man fragen, ſoll es nicht einerlei ſein, ob ich ein Grundſtück betrete, oder ob ich mich nur in die Nähe desſelben begebe? In der That hat es denn auch nicht an Andersdenkenden gefehlt; es gab römiſche Rechtsgelehrte, welche ſich beim Beſitzerwerb mit dem bloßen Willen begnügten.

Dieſe Möglichkeit wurde von Labeo und Javolen bei gewiſſen beweglichen Sachen befürwortet.

Jauolenus fr. 51 A. u. A. P.

Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: ueluti si aceruum lignorum emero . . (Jauolenus) utrubique animi quodam genere possessio erit aestimanda.

Neratius und Proculus dagegen ſchrieben dem Willen allein nur dann Wirkung zu, wenn das körperliche Verhältnis ſchon vorhanden geweſen war.

Paulus fr. 3 § 3 A. u. A. P.

Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio [1]).

Und was Labeo bezw. Javolen bei beweglichen Sachen mit ihrem Ausspruche bezweckten, scheint man später durch eine Weiterentwicklung des körperlichen Verhältnisses erreicht zu haben [2]).

Aber die Möglichkeit, durch bloßen Willen zu erwerben, wurde auch für Grundstücke angenommen. Das ersehen wir ganz deutlich daraus, daß Ulpian die Richtigkeit dieser Annahme für Grundstücke dahingestellt sein läßt [3]). Und hier deckte sich der Streit um diese Möglichkeit mit der Frage: ist es zulässig, daß der Besitz an Grundstücken ohne Betreten derselben erworben werde, oder ist es nicht zulässig? Dies ergiebt nicht nur der Zusammenhang des angeführten fr. 34 pr., — denn wegen des non consentire in corpore muß das in Frage kommende Grundstück als nicht betretenes betrachtet werden — die Stelle wird uns übrigens später noch näher beschäftigen; wir ersehen dies auch aus der Art und Weise, wie die Gegner dieser Möglichkeit dieselbe zurückweisen.

Als ein solcher Gegner ist zunächst Gajus zu nennen. Führen wir uns dessen Ausspruch gleich in der Gestalt vor, die er in der Justinian'schen Gesetzgebung angenommen hat.

§ 5 de interdictis 4, 15.

quin etiam animo quoque retineri possessionem placet, id est ut, quamuis neque ipse sit in possessione neque eius nomine alius, tamen si non relinquendae possessionis animo, sed postea reuersurus inde

1) So wird auch zu verstehen sein in fr. 9 § 9 R. C. 12, 1: animo enim coepit possidere. Wenn hier aber Nerua Proculus angeführt werden, so möchte man versucht sein: entweder Nerua in Neratius, oder in obigem fr. 3 § 3 Neratius in Nerua umzuändern.

2) fr. 1 § 21 A. u. A. P. 41, 2.

3) fr. 34 pr. eodem: et si animo adquiri possessio potest, num quid etiam adquisita est?

discesserit, retinere possessionem uidetur. adipisci uero possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. nec ulla dubitatio est, quin animo solo possessionem adipisci nemo potest.

Hier iſt anfangs die Rede vom Erhalten des Beſitzes durch unſern Willen. Den Gegenſatz dazu bildet das Verweilen auf dem Grundſtücke „sit in possessione“. Dann wird ausgeführt, daß Erwerb des Beſitzes durch unſern Willen nicht möglich ſei. Wollen wir nun Gajus nicht einer Gedankenloſigkeit zeihen, ſo kann der Begriff Wille beim Erwerb kein anderer ſein, als beim Erhalten. Und da wir uns beim Erhalten als Gegenſatz das Verweilen auf dem Grundſtücke zu denken haben, ſo müſſen wir denſelben Gegenſatz auch beim Erwerb annehmen. Alſo ſagt Gajus vollſtändig: Beſitz an Grundſtücken wird nicht durch bloßen Willen erworben, es muß Verweilen auf demſelben, Betreten desſelben hinzukommen. Und was Gajus ſagt, haben die Juſtinian'ſchen Compilatoren gebilligt.

Dieſelbe Gedankenverbindung tritt uns entgegen bei

Paul. sent. 5, 2 § 1.

sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus, retinere tamen nudo animo possumus, sicut in saltibus hiberuis aestiuisque contingit.

Vergl. ferner noch

Paulus fr. 3 § 6 A. u. A. P. 41, 2.

si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. igitur amitti et animo solo potest, quamuis adquiri non potest.

Das Verlieren durch bloßen Willen ſteht hier im Gegenſatz zum Verweilen auf dem Grundſtücke, alſo auch das Erwerben.

Der ſog. Theophilus zu § 5 de interdictis bringt zur Veranſchaulichung folgendes Beiſpiel:

οἷον, ἐπώλησάς μοι κτήματα διακείμενα ἐν τῇδε τῇ ἐπαρχίᾳ· ἠθέλησάς μοι ταῦτα παραδοῦναι, οὔτε ἐγὼ δύναμαι καταλαβεῖν τοὺς τόπους ἐκείνους — ἤγουν οὐκ

ἀνέχομαι — οὔτε τινὰ τὸν παραληψόμενον πέμψαι· οὐ δύναμαι λέγειν σοι, ὅτι ἀπόστηθι τῶν κτημάτων, ἐγὼ γὰρ ταῦτα ψυχῇ νέμομαι· ψυχῇ γὰρ πρώτης δράξασθαι νομῆς οὐ δυνατόν.

Jemand hat Grundſtücke in der Provinz verkauft. Der Käufer wagt es nicht, ſich dorthin zu begeben, hat auch niemand zu ſchicken. Alſo, ſchließt der ſog. Theophilus, kann von Beſitzerwerb keine Rede ſein.

So hat denn die römiſche Wiſſenſchaft allerdings Schwankungen durchgemacht; ſchließlich iſt ſie aber doch wieder darauf zurückgekommen: daß zum Beſitzerwerbe Betreten des Grundſtückes notwendig ſei. Gajus ſpricht bereits von einem zweifelloſen Rechtsſatze, „nec ulla dubitatio est etc.“ Wenn wir aber noch Ulpian mit dieſer Möglichkeit rechnen ſehen, ſo muß die Auffaſſung des Gajus eine mehr ſubjective geweſen, oder es müſſen nach Gajus auf's neue Bedenken wach geworden ſein.

Und warum ſollte man hier auch nicht auf's neue wieder bedenklich geworden ſein? Sehen wir doch die geſammte nachrömiſche Rechtswiſſenſchaft bis auf den heutigen Tag hier eine andere Richtung einſchlagen! Das Bedenken, das hier entgegenſteht, iſt auch ſchon genannt worden! Der Beſitzerwerb an Grundſtücken wird auf dieſe Weiſe zu einer Handlung rein formaliſtiſcher Natur.

Und doch wage ich es, die Entwicklung, wie ſie ſich ſchließlich bei den Römern vollzogen hat, und wie ſie in die Juſtinian'ſche Geſetzgebung hinübergenommen worden, als die vom geſetzgeberiſchen Standpunkte aus allein richtige zu verteidigen.

Es iſt nicht einerlei: ob ich mich bloß in die Nähe eines Grundſtückes begebe, oder ob ich dasſelbe mit meinen Füßen betrete. Jeder, der ein erworbenes Grundſtück zum erſten Male betritt, hat das Bewußtſein: hier ſtehe ich auf dem Meinigen; hier ſtehe ich auf einem Fleckchen Erde, von dem mich kein böſer Vermieter mehr vertreiben kann; von hier aus kann ich ſelber andere vertreiben. Vielleicht war er ſchon häufig vorher in die Nähe dieſes Grundſtückes gekommen, aber noch nie hatte er es mit dieſem Bewußtſein betreten. Dieſes

Bewußtsein bildet einen Wendepunkt in der Auffassung des Einzelnen dem betreffenden Grundstücke gegenüber; und wenn irgend ein Bewußtsein geeignet ist, für das Recht eine Grundlage abzugeben, so ist es dieses Besitzerbewußtsein. Und wenn es die Aufgabe des Gesetzgebers nur sein kann, das objective Recht mit den Vorstellungen der Menschen möglichst in Einklang zu erhalten, so darf er auch dieses Besitzerbewußtsein nicht unberücksichtigt lassen.

Sehen wir aber ab von diesem erhabenen Standpunkte des Gesetzgebers, und versenken wir uns einmal wieder in die Vorstellungsweise der Römer. Sie waren von einem Besitze an Grundstücken ausgegangen, der auf rein körperlicher Grundlage aufgebaut war. Die Bedürfnisse des Lebens hatten sie dahin geführt, den Satz anzuerkennen, daß mit einem Verlassen des Grundstückes nicht notwendig Besitzesverlust verbunden sei. Hätten sie noch darüber hinaus einen Besitzerwerb ohne körperliches Verhältnis zugelassen, so hätten sie auch die Fortdauer eines solchen Besitzes anerkennen müssen, und wären damit zu einem Besitze ohne alle körperliche Grundlage gekommen. Der Besitz wäre dann nicht mehr, um in ihrer Sprache zu reden, eine res facti et iuris gewesen, sondern lediglich zu einer res iuris geworden.

Und dann — die nüchterne praktische Seite hat vielleicht auch einigen Anspruch auf Beachtung. Ein Rechtssatz: der Besitz ist erworben mit dem Betreten des Grundstückes, bietet in der Handhabung keine Schwierigkeiten dar. Ferner — wer Besitz erwerben will, und sich in der Nähe des Grundstückes befindet, warum kann der nicht gleich ein paar Schritte weiter gehen? Endlich — was ist Nähe des Grundstückes? Wir haben hier einen Begriff sehr dehnbarer Natur vor uns, der recht geschaffen scheint, Streitfragen hervorzurufen, und der in der That auch schon vielen Streit veranlaßt hat [1]).

---

1) z. B. ob man die Entfernung des Amtsgerichtslocales in Hannover von der in einem ganz andern Stadtteile belegenen zweiten Bultstraße noch eine nahe nennen könne. Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 34, No. 13.

Wie steht es schließlich um die Occupation? Meines Wissens hat noch niemand behauptet, und jedenfalls sollte dies nie behauptet sein: daß es für die Occupation genüge, wenn ich mich in die Nähe eines Grundstückes begebe. Hier ist es also doch jedenfalls nicht einerlei: ob ich ein Grundstück mit meinen Füßen betrete, oder bloß in dessen Nähe gekommen bin. Man kann sogar zweifelhaft sein: ob es bei Grundstücken von großem Flächeninhalt für den Begriff der Occupation schon ausreicht, wenn der Besitzergreifer sich darauf beschränkt, das Grundstück an einem äußersten Ende zu betreten; ob man nicht in einer derartigen Handlung nur eine Occupation eines reellen Teiles wird erblicken, und für die Besitzergreifung des Ganzen ein weiteres Umwandeln der Schollen wird erfordern müssen [1]). Ich möchte mich für dieses Erfordernis jedenfalls dann entscheiden, wenn bald darauf von einer andern Seite her ebenfalls eine Occupation versucht würde.

Aber alle diese Betrachtungen scheinen zu zerschellen an dem Ausspruche einer Stelle, die von jeher den Angelpunkt für eine entgegengesetzte Auffassung hergegeben hat.

Celsus fr. 18 § 2 A. u. A. P. 41, 2.

> Si uenditorem quod emerim deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit: aut si uicinum mihi fundum mercato uenditor in mea turre demonstret uacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.

Der Besitzerwerb, um das von den beweglichen Sachen hergenommene Beispiel zunächst bei Seite zu lassen, lehnt sich an eine Einräumung leeren Besitzes. Nun mag gleich vorweg bemerkt werden, daß in allen sonstigen Stellen, welche von dem Besitzerwerbe auf Grund einer Einräumung leeren Besitzes handeln, das Betreten des Grundstückes als notwendig vorausgesetzt wird.

1) Nach Kindel, Grundlagen S. 213: „wird für einen derartigen Besitzerwerb der Regel nach ein Umschreiten, Einzäunen, Bebauen u. s. w. mit Recht verlangt."

Man vergl.

Labeo fr. 78 § 1 C. E. 18, 1.

nec uacuam accepisti possessionem. dixi tradere te tibi possessionem hoc modo posse, ut pupillus et familia eius decedat de fundo, tunc demum tu ingrediaris possessionem.

Pomponius fr. 33 A. u. A. P. 41, 2.

Fundi uenditor etiamsi mandauerit alicui, ut emptorem in uacuam possessionem induceret, priusquam id fieret, non recte emptor per se in possessionem ueniet.

c. 12 pr. C. E. 4, 38.

instrumentum testationis uacuae possessionis omissum est: nam secundum consensum auctoris in possessionem ingressus recte possidet.

c. 7 A. et R. P. 7, 32.

ingredientem in uacuam possessionem.

Marcellus fr. 12 de ui 43, 16.

Colonus eum, cui locator fundum uendiderat, cum is in possessionem missus esset, non admisit.

Papinianus fr. 18 pr. eodem.

iussit emptorem in uacuam possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit.

Papinianus fr. 48 A. u. A. P. 41, 2.

si uel unus ex seruis, qui simul cum praediis donatus est, ad eum, qui donum accepit, peruenit, mox in praedia remissus est, per seruum praediorum possessionem quaesitam ceterorumque seruorum constabit.

Wie erklärt ſich dieſen Stellen gegenüber der Ausſpruch des Celſus? Sollte am Ende Celſus ein Anhänger des von den Compilatoren ſonſt verworfenen Satzes geweſen ſein: daß der Beſitz an Grundſtücken durch bloßen Willen erworben werden könne? Unmöglich iſt dieſe Erklärung jedenfalls nicht. Aber vielleicht bleibt uns noch ein anderer Ausweg übrig. Betrachten wir uns die Stelle ein wenig näher.

Es handelt ſich um ein benachbartes Grundſtück, einen

uicinum fundum. Der Begriff „benachbart" ist einer gewissen Dehnung fähig. Aber für das Privatrecht kommt doch vorzugsweise die unmittelbare Nachbarschaft in Betracht [1]). Daher darf es uns nicht Wunder nehmen, daß der entferntere Nachbar durch Zusätze wie tertius, ulterior, superior näher gekennzeichnet wird [2]). Ja uicinus wird geradezu gebraucht zur Bezeichnung der unmittelbaren Nachbarschaft im Gegensatze zu einer entfernteren.

Ulpianus fr. 6 pr. Comm. praed. 8, 4.

paruique refert, uicinae sint ambae aedes an non [3]).

Angesichts dieses Sprachgebrauches dürfte es gerechtfertigt erscheinen, auch in unserer Stelle den uicinus fundus von einem unmittelbar angrenzenden Grundstücke zu verstehen. Jedenfalls darf diese Erklärung nicht als unmöglich zurückgewiesen werden.

Und daß es sich nicht um ein allzufern liegendes Grundstück handelt, darauf weist uns ferner der Ausdruck demonstret hin. Dieses demonstrare, dessen auch sonst bei der Einräumung leeren Besitzes Erwähnung geschieht [4]), bezieht sich vor allen Dingen auf die Anweisung der Grenzen.

Die Einräumung leeren Besitzes wird vorgenommen von einem Verkäufer auf dem Grundstücke des Käufers, „in mea turre". Unter turris haben wir nicht einen eigentlichen Turm, sondern einen turmartigen Aufbau zu verstehen. Solche turres enthielten kleinere, in sich abgeschlossene Wohnungen, und werden namentlich bei Villen erwähnt [5]).

---

1) Vgl. fr. 4 § 10 Fin. reg. 10, 1; fr. 29 de seru. pr. rust. 8, 3; fr. 14, 33 de seru. pr. urb. 8, 2; fr. 16 Comm. pr. 8, 4; fr. 6 § 5 A. E. V. 19, 1; fr. 7 § 5 A. R. D. 41, 1; fr. 13 § 3 de damno inf. 39, 2; fr. 1 § 8 de arb. caed. 43, 27; fr. 17 de stip. seru. 45, 3.

2) fr. 6 pr. Aquae et aquae pluuiae 39, 3; fr. 8 pr. O. N. N. 39, 1; fr. 1 § 11 de cloacis 43, 23.

3) Vgl. zu dieser Stelle Bangerow, Pand. Bd. 1⁷, S. 709.

4) Cicero pro M. Tullio 17; fr. 18 § 1 C. E. 18, 1; fr. 48 A. E. V. 19, 1.

5) Vgl. Becker, Gallus, Bd. 1³, S. 109.

Hier auf dem Grundstücke des Käufers befindet sich also der Verkäufer, um leeren Besitz einzuräumen; das ist wiederum sehr bemerkenswert. Da das verkaufte Grundstück unmittelbar an das Grundstück des Käufers grenzte, so muß zu diesem verkauften Grundstücke jedenfalls von einer andern Seite her ein Zugang gewesen sein. Nicht etwa in der Nähe dieses Zugangs oder in einer beliebigen andern Nähe wird die Einräumung leeren Besitzes vorgenommen, sondern auf dem Grundstücke des Käufers: das scheint kein zufälliger Umstand zu sein.

Veranschaulichen wir uns die Sachlage ein wenig genauer. Der Besitzer einer Villa will sich angrenzendes Ackerland zukaufen, um seine Besitzung zu vergrößern. Der Verkäufer geht zu ihm, sie begeben sich in ein etwas hoch gelegenes Zimmer; der Verkäufer zeigt ihm den Umfang des betreffenden Grundstückes „von dem Grenzsteine bei jenem Baume bis zu dem Grenzsteine bei jenem Wege u. s. w.“; hierauf räumt er leeren Besitz ein. Wenn damit der Käufer sich einverstanden erklärt, so soll das zum Besitzerwerbe ausreichen; er hat nicht nötig, von seinem alten Grundstücke aus, die alte Grenze, die jetzt gefallen, noch besonders zu überschreiten.

Das Wesentliche bei Entscheidung dieses Falles ist der Umstand: daß ein Grundstück erworben wird, das zur Erweiterung eines andern dienen soll; und daß sich der Erwerbende auf seinem alten Grundstücke befindet. Ein solcher Besitzer befindet sich gleichzeitig auf seinem neuen, da altes und neues Grundstück von jetzt an als eins zu betrachten sind. Oder, um in der Sprache der Römer zu reden: der neuerworbene fundus ist zum locus des alten geworden [1]).

Für diese Erklärung ist auch der Zusammenhang gar so unbedeutend nicht, und deshalb habe ich die Stelle ganz ausgeschrieben [2]).

---

1) Ulp. fr. 60 pr. V. S. 50, 16. nec non et fundus locus constitui potest: nam si eum alii adiunxerimus fundo, locus fundi efficietur.

2) Dieser Zusammenhang würde äußerlich noch mehr hervortreten, wenn man in Anlehnung an das ὥσπερ καί der Bas. 50, 2, § 17 nach dem

Celsus geht aus von folgendem Falle. Ein Käufer hat den Verkäufer geheißen, die gekaufte Sache in seiner Wohnung abzugeben. Obwohl er sie gar nicht berührt, vielleicht gar nicht einmal gesehen hat, wird der Käufer Besitzer in dem Augenblicke, wo die Abgabe erfolgt. Der Wille, zu erwerben, liegt ausgesprochen im deponere . . iusserim [1]); das körperliche Verhältnis wird durch Abgabe in der Wohnung hergestellt, ohne daß darum der Käufer zu wissen braucht. Die Sache kommt hier in den Gewahrsam des Verkäufers, das ist genügend für das körperliche Verhältnis; deshalb braucht er sie gar nicht berührt zu haben. Ebenso kommt im andern Falle das Grundstück gleichsam zum Grundstücke des Besitzers, deshalb braucht er es nicht mit seinen Füßen betreten zu haben.

Die hier versuchte Erklärung ist nicht neu, bereits Baron [2]) stellt sie als möglich hin. Aber dieser Schriftsteller macht keinen weiteren Gebrauch davon, weil „es doch ziemlich dasselbe ist, ob ich unmittelbar vor oder auf dem Grundstücke stehe".

Betrachten wir jetzt das Verhältnis dieser Stelle zu dem allgemeinen Satze, daß zum Besitzerwerbe Betreten des Grundstücks erforderlich sei; so müssen wir allerdings zugestehen, daß der Grundgedanke eine kleine Abschwächung erfahren hat. Will der Besitzer eines Grundstückes ein unmittelbar angren-

---

Vorschlage Mommsen's aut in ut verwandeln wollte; für notwendig halte ich indes diese Textänderung keineswegs.

1) Dies deponere iubere ist demnach für den Besitzerwerb keineswegs überflüssig, wie Bekker, Rt. des Bes., S. 186, meint. Ueberhaupt scheint sich Bekker anläßlich dieses Falles unnötige Schwierigkeiten zu machen. Wenn ich in meiner Wohnung einen Briefkasten aufstelle, so werde ich in dem Augenblicke Besitzer der Briefe, wo die Briefe hineingeworfen werden, ohne daß ich von dem Vorgange schon zu wissen brauche. Denn durch die Aufstellung des Briefkastens gebe ich dem Publikum gegenüber, insonderheit den Briefboten gegenüber, die Erklärung ab: hier die Briefe einzuwerfen. Wenn aber ein guter Freund mir ein Geburtstagsgeschenk zum Fenster hineinwirft, werde ich nicht eher Besitzer, als ich des Geschenkes ansichtig geworden.

2) Jhering's Jahrbücher, Bd. 7, S. 142, 143.

zendes erwerben, so genügt es, wenn er sich in dem Augenblicke, wo er Besitz erwerben will, nur auf seinem alten Grundstücke befindet. Diese Abschwächung können wir uns aber um so eher gefallen lassen, als dadurch der Grundsatz keineswegs erschüttert erscheint, daß der Besitz eine res facti et iuris sei; und hiermit namentlich auch die Auffassung sich in Einklang befindet, daß unkörperlicher Besitz nur durch Anlehnung an einen körperlichen entstehen kann. So lange ein solcher Besitzer, sei es auch nur auf seinem früheren alten Grundstücke, verweilt, übt er körperlichen Besitz aus in Bezug auf das neue wie das alte Grundstück; sobald er dann das alte Grundstück verläßt, sei es auch ohne das neue betreten zu haben, umfaßt sein unkörperlicher Besitz ebenfalls beide Grundstücke.

Diese Abschwächung auf Grund der Stelle des Celsus müssen wir allerdings zugeben. Es mag aber noch hervorgehoben werden, daß von dieser Abschwächung nur die Rede sein kann, wenn Besitz von einem auf den andern übertragen werden soll. Wer ein Grundstück occupieren will, sei es auch ein unmittelbar angrenzendes, muß dasselbe betreten. Occupation und Besitzerwerb im Falle einer Uebertragung stehen hier also nicht unter denselben Regeln, wie dies auch sonst vorkommt [1]).

Neuerdings hat sich mit unserer Stelle eingehend Pininski [2]) beschäftigt.

Derselbe geht von dem Satze aus, daß zum Besitzerwerb an einem Grundstück ein ire in fundum erforderlich sei. Dieser Satz trete uns überall in den Quellen entgegen, die einzige Ausnahme bilde die Stelle des Celsus. Das ist ein guter Anlauf, dem Pininski nur nicht treu geblieben. Den Inhalt unserer Stelle giebt er so wieder:

> „Kleinere Stücke Landes können durch bloßen in der unmittelbaren Nähe der Sache abgeschlossenen Vertrag übergeben werden, jedoch nur unter der Voraussetzung, wenn der Erwerber bereits benachbarte Liegenschaften besitzt."

1) Vgl. Fitting in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 18, S. 340.

2) Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gem. Rt. Bd. 1, S. 367 flg.

Die ratio legis soll die sein: daß es Fälle gebe, wo

„nach der Auffassung des Verkehrslebens vorläufig nicht die geringste Aenderung an der Sache selbst einzutreten braucht."

Pininski legt nämlich die Ihering'sche Auffassung zu Grunde: Besitz ist die Thatsächlichkeit des Eigentums. Nun sind Fälle denkbar, wo der Eigentümerwerdenwollende nicht gleich Gelegenheit findet, dieses sein Eigentum zu bethätigen. Z. B. es ist jetzt noch nicht die Zeit, das zugekaufte Stück Acker zu bebauen.

In Fällen dieser Art

„erscheint es als recht zweckmäßig, die Möglichkeit des Besitzüberganges noch vor dieser Zeit anzuerkennen."

Noch zweckmäßiger wäre es aber vielleicht gewesen, wenn die Römer den Besitz gar nicht als die Thatsächlichkeit des Eigentums aufgefaßt hätten.

Ferner begreift man von diesem Standpunkte aus gar nicht: warum sich die Ausnahme auf benachbarte Liegenschaften beschränken soll.

Pininski glaubt denn auch, S. 374:

„daß es ungerechtfertigt wäre, . . das Wort uicinus fundus im Sinne von unmittelbar angrenzend zu urgieren."

Vier Seiten vorher, S. 370, hat er freilich selber ausgeführt:

„Dieser Sinn des Wortes uicinus ist so allgemein feststehend, daß es kaum notwendig erscheint, zum Beweise dieses Umstandes Belege aus den Quellen anzuführen."

Aber die angegebene tiefere ratio veranlaßt Pininski einzutreten

„für eine bedeutende analoge Ausdehnung der Entscheidung."

„Grundstücke, wie Aecker, Wiesen, wirtschaftliche Gebäude können, so wie sie stehen und liegen, nur denjenigen ökonomisch dienstbar sein, die bereits in der Nähe Besitzungen haben oder sich dort niederlassen; nicht kann aber

dasselbe gesagt werden von einem Stücke Landes, welches als Bau- oder Ablagerungsplatz verwendet werden soll."

Dem gegenüber möchte ich mir die Frage erlauben: ob es denn wirklich so undenkbar, daß Aecker und Wiesen auch solche sich dienstbar machen, die in der Nähe keine Besitzungen haben? Kann nicht auch ein Städter, der zur Miete wohnt, seinen Kohlgarten vor der Stadt haben? Mindestens ein klein wenig dürfte hier die Vorstellungsweise Pininski's mit der Wirklichkeit in Widerspruch geraten, da derartige Verhältnisse tausendfach vorkommen.

Die Regel, die sich diesen Vordersätzen anschließt, lautet dann:

„Ein Thätigwerden des Empfängers an dem Grundstücke selbst ist bei jenen Immobilien zur Besitzübertragung nicht erforderlich, bei denen auch nach der Auffassung der Lebenssitte das Aufhören der bisherigen wirtschaftlichen Verbindung und die Begründung einer neuen entweder stets oder mit Rücksicht auf die besonderen wirtschaftlichen Verhältnisse des Erwerbers ohne irgend eine körperliche Aenderung an der tradierten Sache sich vollzieht. Hier genügt ein Vertrag in re praesenti."

Man kann diesen Erklärungsversuch wohl kurz so kennzeichnen: Pininski hat nicht aus der Stelle herausgelesen, sondern die Auffassung Ihering's in die Stelle hineingetragen. Das ist auf so gewaltthätige Weise geschehen, daß Ihering an der Unterstützung, die er hier gefunden, vielleicht selber wenig Freude haben dürfte.

Und wie wird es eigentlich mit dem ire in fundum, das Pininski in allen übrigen Stellen als Voraussetzung des Besitzerwerbes angeführt gefunden hat? Wie paßt diese Voraussetzung zu seiner Besitzesauffassung? Auch dafür weiß Pininski Rat.

Ire in fundum soll gesagt sein statt ire in possessionem fundi,

„eine zwar ungenaue, aber nicht unklare und kaum etwas

inkorrekte Redewendung, die sich aber ihrer Kürze wegen sehr empfahl."

Er glaubt auch:

„daß die römischen Juristen, wenn sie unbedenklich diese Ausdrucksweise gebrauchten, schon darum keinen Grund zu Befürchtungen gehabt haben, von ihren Mitbürgern mißverstanden zu werden, weil die Römer ein viel zu praktisches Volk waren, als daß es leicht jemandem von ihnen eingefallen wäre, bei diesen Ausdrücken an ein ganz müßiges und rein formalistisches physisches Betreten des Grundstücks zu denken."

Die Sache erscheint Pininski um so zweifelloser, als man ja nur nötig hat: possessio so zu verstehen, wie er es thut.

Damit ist der gute Anlauf, den Pininski genommen, völlig preisgegeben: er ist erlegen der Auctorität Ihering's.

Kurz vor dem Drucke dieses Bogens kommt mir zu Gesicht: Strohal, Succession in den Besitz nach römischem und heutigem Recht.

In ähnlicher Weise wie Pininski lehnt auch Strohal sich an Ihering an. Die Thatsächlichkeit des Eigentums erscheint hier aber gewaltig verklausuliert, siehe namentlich S. 124 fg.; und die Formulierung, welche sich dieser Verklausulierung S. 126 anschließt, will Strohal selber nicht recht gefallen. Mehr erfreut ist er über die Leistungsfähigkeit seiner Auffassung. „Selbst die Entscheidungen über den Fortbestand des Grundstückbesitzes im Fall heimlicher Invasion, wie über den Fortbestand des Besitzes am seruus fugitiuus", können „trotz ihrer unleugbaren Besonderheit" mit seinem „Princip" „noch in Einklang gebracht werden."

Was insonderheit den seruus fugitiuus anbetrifft, so läßt sich nach S. 131

„die Annahme der Fortdauer des durchhaltenden Elements im Besitzthatbestande deshalb aufrecht erhalten, weil es vorläufig . . noch im Bereiche der Wahrscheinlichkeit lag,

daß ſich die energiſchen Maßregeln (Unterſtützung des Herrn des entlaufenen Sklaven durch die Adminiſtration, Bedrohung der Begünſtigung des Fluchtunternehmens mit Strafe), mittelſt welcher die Römer . . die Wiedereinbringung entlaufener Sklaven zu ſichern beſtrebt waren, im concreten Fall als wirkſam erweiſen."

Seinen Ausgangspunkt nimmt Strohal S. 68 von dem Beſitzerwerb an beſitzfreien Sachen. Und hier iſt es zunächſt, S. 70, die Occupation, welche ihn beſchäftigt. Sicherlich mußte auch die Occupation vor der Tradition in's Auge gefaßt werden. Aber die Occupation iſt ſchon ein viel zu verwickelter Hergang, weil er auf einer Verbindung von corpus und animus beruht. Vor allen Dingen war feſtzuſtellen: was haben die Römer unter corpus verſtanden?

Den Quellenbeweis für ſeine Auffaſſung glaubt Strohal S. 106 fg. führen zu können durch die bekannte Begriffsbeſtimmung bei Feſtus pag. 233:

Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidem agri aut aedificii,

ſowie fr. 115 V. S. 50, 16.

possessio ergo usus, ager proprietas loci est.

Allein in beiden Stellen bedeutet usus augenſcheinlich Gebrauchsrecht, nicht thatſächliches Gebrauchen.

§ 32. Fortſetzung.

II. Gegenüberſtehen eines Beſitzers.

Weſentlich andere Grundſätze gelten für den Erwerb des Beſitzes, ſofern bereits ein Beſitzer auf dem Grundſtücke verweilt. Der Umſtand, daß man dieſe Fälle nicht gehörig ausgeſchieden [1]), hat zu einer ganz unrichtigen Auffaſſung des körperlichen Verhältniſſes geführt. In Fällen dieſer Art ſpielt allerdings die Machtentfaltung eine Rolle. Dies hängt zuſammen mit der Ausſchließlichkeit des Beſitzes, von der jetzt näher zu handeln.

1) Bei Pininski a. a. O., S. 191 flg., der alſo auch inſofern einen guten Anlauf nimmt, findet ſich dieſe Unterſcheidung ebenfalls.

Keller[1]) spricht in dieser Beziehung von einer „berüchtigten Lehre". Die neuesten Schriftsteller, welche sich mit diesem Gegenstande beschäftigten, sind zu ganz entgegengesetzten Ergebnissen gelangt. Nach Kindel[2]) folgt „die Richtigkeit dieses Axioms" aus dem Besitzbegriffe. Er sagt wörtlich:

„Es ist absolut undenkbar, daß zwei zu gleicher Zeit auch nur vorläufig berechtigt sein sollten, ausschließlich auf die Sache einzuwirken, und jeder also auch einer den andern von der Sache abzuwehren. — Das vollständige Recht körperlicher Herrschaft kann begriffsmäßig nur ein einheitliches sein."

Duncker[3]) dagegen behauptet:

„die Regel plures eandem rem in solidum possidere non possunt ist im römischen Recht nicht anerkannt."

Wendt[4]) nimmt an:

„daß die Lehre vom Doppelbesitz nur eine vorübergehende Episode in der römischen Litteratur war, und daß die Opposition der Proculejaner später generell gebilligt worden ist."

Wir scheinen also wiederum bei einem Begriffe angelangt zu sein, dessen Grundlagen zuvörderst sicher zu stellen sind.

1. Abgrenzung der Ausschließlichkeit.

Die Römer haben die Rechtsregel aufgestellt: ein voller Besitz mehrerer an derselben Sache ist nicht möglich. Die Regel findet keine Anwendung auf den Mitbesitz zu intellectuellen Teilen[5]). Sie findet ferner keine Anwendung auf das Verhältnis von körperlichem und unkörperlichem Besitz, sondern beschränkt sich auf den körperlichen Besitz. Dieser letztere Punkt ist bisher nicht genügend hervorgehoben, er tritt uns aber gleich in der Hauptstelle entgegen.

---

1) Zeitschrift für gesch. Rtsw. Bd. 11, S. 325.
2) Besitzrt. S. 337.
3) Besitzklage, S. 92.
4) Faustrecht, S. 164, 165.
5) Vgl. Bekker, Rt. des Bes. S. 111 flg.

Paulus fr. 3 § 5 A. u. A. P. 41, 2.

Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere uidearis. Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. idem Trebatius probabat existimans posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste uel duos iuste non posse. quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est uerius. non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare uidearis in eo loco, in quo ego sto, uel in quo ego sedeo, tu sedere uidearis.

Die Begründung des Paulus, „wo ich ſtehe, kannſt du nicht ſtehen; wo ich ſitze, kannſt du nicht ſitzen", weiſt uns mit Notwendigkeit auf den körperlichen Beſitz hin. Der körperliche Beſitz als ſolcher iſt die Detention. Beſchränkt ſich demnach die Regel auf den körperlichen Beſitz, ſo muß ſie auch für die Detention richtig ſein. Und hier finden wir ſie in der That ebenfalls, wenn auch nicht angewandt, ſo doch erwähnt.

Ulp. fr. 5 § 15 Commodati 13, 6.

Si duobus uehiculum commodatum sit uel locatum simul, Celsus filius scribit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. et ait duorum quidem in solidum dominium uel possessionem esse non posse.

2. Das Nebeneinanderbeſtehen von körperlichem und unkörperlichem Beſitz.

Das Nebeneinanderbeſtehen von körperlichem und unkörperlichem Beſitze hat man zugelaſſen. Dieſe Entwicklung ſcheint ſich zunächſt beim Precarium vollzogen zu haben. Bereits Trebatius [1]) trat hierfür ein, ebenſo Sabinus, und dieſer Anſicht war auch Pomponius.

1) Wenn in der Stelle Sabinus vor Trebatius genannt wird, ſo mag ſich das daraus erklären, daß Paulus hier aus Commentatoren des Sabinus

Pomp. fr. 15 § 4 de prec. 43, 26.

Eum, qui precario rogauerit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium: an is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est. placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum qui rogasset, quia possiderat (possideat) [1]) corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione.

Die Stelle ist in mehrfacher Beziehung bemerkenswert. Daß dem Empfänger des Precarium's, der um Besitz gebeten hatte, Besitz zukomme, gilt dem Pomponius für ausgemacht: es war dies alte Rechtsanschauung. Dagegen ist die Fortdauer des Besitzes in der Person des Gebers bezweifelt worden. Pomponius entscheidet sich für die Fortdauer und begründet dies in negativer Weise: weil der Geber nicht die Absicht gehabt habe, den Besitz aufzugeben.

Man hat diesen unkörperlichen Besitz des Gebers wohl als Ersitzungsbesitz aufgefaßt [2]); für eine derartige Beschränkung bieten indes die Quellen an sich keinen Anhalt dar. Wer freilich das Interdictum Uti possidetis nur dem Inhaber der Sache gewährt, wird es auch dem Geber des Precarium's für die Dauer des Precarium's versagen müssen. Und dafür scheint zu sprechen fr. 17 de precario. Warum sollte diesem Geber aber nicht im Falle des obigen fr. 15 § 4 ein Interdictum „quominus hominem ducat, uim fieri ueto" zugestanden haben?

---

schöpfte. Diese werden zu Sabinus nachgetragen haben, daß schon Trebatius den in Frage stehenden Satz billigte. Vgl. Sanio, Zur Gesch. der röm. Rtsw. S. 114.

1) Possiderat der Florentina ist mit Mommsen in possideat umzuändern. Die sonstige Lesart possederat ist zu verwerfen. Einmal ist der Indicativ in dieser Umgebung von Conjunctiven sprachlich nicht zu ertragen; sodann könnte man possederat nur übersetzen „weil er Besitz ergriffen hatte", während hier doch die Fortdauer des Besitzes in Frage steht.

2) Vgl. Bangerow, Pand. Bd. 1[7], § 200, S. 358 flg.; Windscheid, Pand. Bd. 1[5], § 154, S. 468 flg.

Noch weniger sind die Bedenken gerechtfertigt, welche Baron[1]) und andere gegen den Ausspruch des Pomponius erhoben haben.

Dagegen wird man diesen Doppelbesitz auf den Fall beschränken müssen, wo der Gebetene eine Sache wirklich hingab, qui precario dederit, und nicht bloß dem Besitzer precären Besitz gestattete[2]).

Ein weiteres Beispiel ist der unkörperliche Besitz des Pfandschuldners neben dem körperlichen Besitze des Pfandgläubigers. Und hier erscheint allerdings der unkörperliche Besitz als Ersitzungsbesitz, der körperliche dagegen als Interdictenbesitz[3]).

Hierher gehört endlich folgende vielbesprochene Stelle.

Ulp. fr. 3 pr. Uti possidetis 43, 17.

Si duo possideant in solidum, uideamus, quid sit dicendum. quod qualiter procedat, tractemus, si quis proponeret possessionem iustam et iniustam. ego possideo ex iusta causa, tu ui aut clam: si a me possides, superior sum interdicto, si uero non a me, neutrum nostrum uincetur: nam et tu possides et ego.

Das neutrum der Florentina verwandelt man gewöhnlich in neuter. Möglich wäre vielleicht auch: neutrum nostrum uincet uter[4]).

Savigny[5]) hilft sich dieser Stelle gegenüber durch die Annahme: Ulpian habe die Theorie des Doppelbesitzes als unhaltbar hinstellen wollen. Dies soll folgen aus dem „neuter nostrum uincetur", oder, wie Savigny liest, „uinceretur", das von ihm so wiedergegeben wird: „dann würde der Pro-

1) Gesammtrechtsvh., S. 89.

2) Vgl. unten § 38.

3) Iauolenus fr. 16 de usurp. 41, 3; Julianus fr. 33 § 4 eodem; fr. 36 A. u. A. P. 41, 2; Paulus, Julianus fr. 1 § 15 eodem; Paul. fr. 13 pr. de usurpat.

4) Ueber uter in der Bedeutung von alteruter vgl. Dirksen, Man. Wort uter § 2.

5) Recht des Besitzes[7], S. 181—183.

ceß nicht zu entscheiden sein". Allein die Worte bedeuten doch nur: „keiner von uns wird besiegt werden"; oder wenn man neutrum stehen läßt und uincet uter liest: „keinen von uns wird der andere besiegen". In dieser Möglichkeit eine Absurdität zu erblicken, dafür liegt aber um so weniger Grund vor, als es außer dem Interdictum Uti possidetis doch noch andere Mittel giebt, um einen rechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Vor allen Dingen tritt uns auch sonst eine rei uindicatio ohne vorherige Besitzregulierung entgegen: ich erinnere an die gregis uindicatio [1]) und die controuersia de loco [2]). Gleichwohl hat Savigny viele Nachfolger gefunden; noch neuerdings sind ihm beigetreten Meischeider [3]) und Liebe [4]).

Wir müssen demnach mit der Möglichkeit rechnen: der Ausgang beim Interdictum Uti possidetis kann der sein, daß keiner von beiden besiegt wird. Dies haben Bekker [5]) und Duncker [6]) ganz richtig hervorgehoben.

Ferner betont Savigny die Worte „si quis proponeret" und folgert daraus: Ulpian nehme diese Meinung einen Augenblick als wahr an. Aehnlich geht Wendt [7]) zu Werke: „man sieht aber nicht ein, daß er die citierte Meinung teilen will".

Gewiß verdienen auch diese Worte unsere Beachtung im höchsten Grade. Denn die gewöhnliche Form, um ein Beispiel anzuknüpfen, ist proponamus oder si proponas [8]), also der Potentialis. Wenn wir statt dessen hier den Conditionalis gebraucht finden, so läßt das nur die Deutung zu: daß es sich um einen Fall sehr zweifelhafter Natur handelt, dessen

---

1) Vgl. einerseits fr. 1 § 3, fr. 2, fr. 3 pr. R. V. 6, 1, und andererseits fr. 30 § 2 de usurp. 41, 3.

2) Frontinus, Lachmann'sche Ausgabe, pag. 44. si uero possessio minus firma est, mutata formula iure Quiritium peti debet proprietas loci.

3) Besitz, S. 91, 92.

4) Besitz, S. 37.

5) Recht des Besitzes, S. 110.

6) Besitzklage, S. 77 flg.

7) Faustrecht, S. 165.

8) Vgl. Brissonius Wort proponere No. 2.

Möglichkeit Ulpian mindestens dahingestellt sein läßt. Wir können also den Sinn unserer Stelle bis zu dem mit si quis proponeret eingeleiteten Satze einschließlich etwa so wiedergeben.

Wenn zwei zu voll besitzen, was ist darüber zu sagen? Wie dies verläuft, wollen wir erörtern am rechtmäßigen und unrechtmäßigen Besitz, wenn ja jemand hier Vollbesitz mehrerer annehmen sollte.

Aber mit alledem wird nur der Kern der Sache noch nicht getroffen. Die Möglichkeit eines Vollbesitzes zweier wird von Ulpian nun einmal hingestellt; in dieser Beziehung bedient er sich sogar des Potentialis „si duo possideant in solidum". Und wenn er auch ein Beispiel anreiht, das ihm selber sehr zweifelhaft vorkommt; so darf uns das nie der Mühe überheben, auf die Behandlung des Falles selber einzugehen. Um so weniger: als die Compilatoren augenscheinlich gebilligt haben, was Ulpian selber noch zweifelhaft erscheint.

Ulpian denkt sich einen rechtmäßigen Besitzer A, dessen Besitz der B heimlich oder gewaltsam erlangt. Von B kommt der Besitz wiederum heimlich oder gewaltsam an C. Wenn C nun den A mit dem Interdictum Uti possidetis belangt, so soll nach Ulpian keiner von beiden besiegt werden, also auch keiner von beiden siegen.

Hier entstehen vom Standpunkte der herrschenden Lehre zwei Schwierigkeiten.

Die eine ist bereits von Bekker angedeutet. Wenn B heimlich Besitz ergreift, und dann von C gewaltsam vertrieben wird: ist B im wahren Sinne des Wortes Besitzer geworden? Nach der herrschenden Ansicht nicht; wohl aber nach Ulpian: denn Ulpian sagt ausdrücklich „si a me possides". Die herrschende Ansicht ist eben falsch. Eine heimliche Besitzergreifung an Grundstücken ist allerdings möglich. Es ist nur erforderlich, daß der bisherige Besitzer lange Zeit abwesend war [1]).

Die zweite Schwierigkeit läßt sich vielleicht am besten überwinden, indem wir uns durch einen concreten Fall die Sachlage zu veranschaulichen suchen.

1) Vgl. unten § 73.

Der Eigentümer einer hochgelegenen Villa, Namens A, hat dieselbe im Herbst verlassen. Ein Strolch B quartiert sich hier im Winter ein. Dieser Strolch B ist dem Eigentümer gegenüber heimlicher Besitzer. Nachdem B wochenlang hier gehaust, wird er vom Strolche C gewaltsam vertrieben. Darüber ärgerlich, zeigt B die Sache dem Eigentümer an. Dieser fordert den C auf, sofort seine Villa zu verlassen. C besitzt aber die Dreistigkeit, gegen A mit dem Interdictum Uti possidetis vorzugehen. Wie wird nun die Sache?

Fassen wir zunächst den Proceßgang zu Ulpian's Zeiten in's Auge.

Der Prätor gebietet: daß dem gegenwärtigen Inhaber des Grundstückes von dem Gegner keine Gewalt angethan werde, sofern er ihm gegenüber fehlerfrei besitze.

Der Eigentümer kann sich nicht dabei beruhigen, daß der Strolch noch länger in seiner Villa hause, und versucht, ihn gewaltsam zu vertreiben.

Es werden doppelte sponsiones und restipulationes darüber abgeschlossen: ob der Eigentümer zu solcher Gewaltthat berechtigt gewesen sei, oder nicht. Aus diesen Sponsionen und Restipulationen treten beide Parteien klagend und widerklagend gegen einander auf.

Inzwischen wird der Fruchtgenuß zum Aufgebot gebracht. Der Eigentümer erreicht durch ein Gebot von zehntausend, daß er vorläufig wieder in den Besitz seiner Villa gesetzt wird.

Aber wie wird es mit dem Endurteil? Halten wir uns streng an das formelle Recht, wie Gajus [1]) uns dasselbe schildert, so müßten den Eigentümer fünf Verurteilungen treffen. Er müßte verurteilt werden:

1) in die von ihm versprochene Sponsionssumme,
2) in die von ihm versprochene Restipulationssumme,
3) in die von ihm für den Fruchtgenuß gebotenen zehntausend,
4) in die Herausgabe des Besitzes,
5) in die von ihm gezogenen Früchte.

1) Gai. 4, 167.

Und dies alles zu Gunsten eines Strolches, der besitzt, weil er besitzt.

Daß sich einem solchen Ergebnisse gegenüber das Bedürfnis nach einer Rechtsänderung geltend machte, ist doch wohl so schwer nicht zu begreifen. Giebt man dies aber zu, so ist unsere Stelle der Hauptsache nach erklärt. Ulpian ist es, der diese Rechtsänderung befürwortet; und die Justinian'schen Compilatoren sind es, welche diese Rechtsänderung gebilligt haben. Versuchen wir es jetzt, das Wesen dieser Rechtsänderung näher festzustellen.

Der rechtmäßige Besitz soll selbst dann einigen Schutz genießen, wenn ein unrechtmäßiger Besitzer gegenübersteht, der den Besitz zwar nicht dem rechtmäßigen Besitzer, wohl aber einem andern unrechtmäßigen Besitzer abgewann. Freilich tritt keine Verurteilung zu Gunsten des rechtmäßigen Besitzers ein, er wird aber doch auch nicht verurteilt; und damit ist in dem Falle, wie ich ihn setzte, schon viel genützt.

Nun ist allerdings ebenfalls möglich, daß bei Versteigerung des Fruchtgenusses der unrechtmäßige Besitzer am Meistgebot bliebe. In diesem Falle wird jedenfalls die Verurteilung in die Sponsions- und Restipulationssumme vom rechtmäßigen Besitzer abgewandt [1]). Er hat also nicht zu leiden unter der Gefährlichkeit dieser Proceßart [2]). Um in den Besitz der Sache zu gelangen, wird er sich freilich anderer Mittel bedienen müssen: etwa rei uindicatio, Cession des Interdictum de ui vom B.

So kommt denn, was den vorläufigen Besitz der Sache anbetrifft, alles darauf an, wer bei Versteigerung des Fruchtgenusses am Meistgebot blieb. Diesem kann der andere mittelst Interdictum Uti possidetis nichts anhaben; und dieses Verhältnis ist nach Ulpian Doppelbesitz.

Eine Analogie bietet vielleicht der Rechtssatz dar: daß zwei, denen dieselbe Sache von verschiedenen Nichteigentümern

---

1) Gai. 4, 168.

2) Gai. 4, 141. Frontinus a. a. O.: magna enim alea est litem ad interdictum deducere, cuius est executio perplexissima.

trabiert worden, sich gegenseitig mit der Publiciana in rem actio nichts anhaben können [1]).

Im Justinian'schen Rechte ist mit dem Interdictum Uti possidetis eine große Umwandlung vor sich gegangen [2]); dazu ist dann im heutigen Recht die Scheidung von ordinarium und summariissimum gekommen. Betrachten wir jetzt noch den Fall vom Standpunkte des heutigen Rechtes aus.

Das summariissimum schützt denjenigen, der die letzte ruhige Besitzhandlung vornahm. Dies könnte sehr wohl der A gewesen sein, und dann müßte diesem vorläufig der Besitz zugesprochen werden; der C wäre mit seinem Interdictum Uti possidetis abzuweisen.

Hätte dagegen C die letzte ruhige Besitzhandlung vorgenommen, so wäre dieser vorläufig im Besitze zu lassen. Dagegen siegt er hier ebensowenig mit dem Interdictum Uti possidetis. Und wie der A zu Ulpian's Zeiten nicht in die Sponsions- und Restipulationssumme verurteilt werden durfte; so wird dem entsprechend heutzutage eine Verurteilung des A in die Proceßkosten nicht erfolgen können. Mag nun der C vorläufig im Besitze bleiben, oder der A vorläufig den Besitz erhalten: der Kostenpunkt ist einstweilen auszusetzen, bis die Sache auf andere Weise ihre endgültige Erledigung gefunden hat.

3. Das körperliche Verhältnis.

Soviel über das Nebeneinanderbestehen von körperlichem und unkörperlichem Besitz. Ich wende mich jetzt wieder ausschließlich dem körperlichen Verhältnis zu. Selbst von diesem Standpunkte aus scheint aber die in Frage stehende Regel nicht unangreifbar zu sein. Wenigstens wird uns in dem zu Anfang dieses Paragraphen ausgeschriebenen fr. 3 § 5 berichtet, daß Trebatius derselben entgegentrat, indem er behauptete: rechtmäßiger und unrechtmäßiger Besitz seien neben einander zu-

1) fr. 9 § 4 de Publ. 6, 2; fr. 14, Qui potiores 20, 4. Vgl. dazu Huschke, das Recht der Publ. Klage, S. 94 flg.

2) Bruns, Besitzklagen, S. 48 flg.

läſſig, nicht aber könnten zwei rechtmäßig oder zwei unrechtmäßig beſitzen.

Dieſen Satz hat jedenfalls Paulus dahin verſtanden, wie dies der ganze Zuſammenhang ergiebt: daß Trebatius bloß körperlichen Beſitz neben körperlichen geſtellt hätte. Da Trebatius indes vom Doppelbeſitz beim Precarium ausgegangen, wäre es auch denkbar, daß er, ſchon in ähnlicher Weiſe wie Ulpian, ein Nebeneinander von rechtmäßigem unkörperlichen und unrechtmäßigem körperlichen Beſitz befürwortet hätte.

Die negative Kehrſeite dieſer Auffaſſung wird weiter ausgeführt von Julian; derſelbe mag alſo auch in poſitiver Weiſe mit Trebatius übereingeſtimmt haben [1]).

Julianus fr. 19 pr. de precario 43, 26.

Duo in solidum precario habere non magis possunt, quam duo in solidum ui possidere aut clam: nam neque iustae neque iniustae possessiones duae concurrere possunt.

Dagegen wird der poſitive Kern dieſer Behauptung von Labeo angegriffen: für das Weſen des Beſitzes, ſo können wir wohl summa possessionis wiedergeben, mache es keinen Unterſchied, ob jemand rechtmäßiger oder unrechtmäßiger Beſitzer ſei. Ihm ſchließt ſich Paulus an [2]).

Anwandlungen ganz eigentümlicher Art kommen ferner dem Celſus in dem bereits teilweiſe ausgeſchriebenen fr. 5 § 15 Commodati. Er will für zwei, die ſich ein Fuhrwerk gemietet oder geliehen haben, die Frage entſcheiden: ob ſie für etwaige Beſchädigungen nach Teilen oder jeder auf's ganze haften. Er gedenkt zunächſt, mit einer Erweiterung auf den Eigentumsbegriff, unſerer Regel: daß von zweien nicht jeder an derſelben Sache vollen Beſitz — oder volles Eigentum —

1) Vgl. Savigny, Rt. des Beſ.[7], S. 175 Anm. 2; Bekker, Rt. des Beſ. S. 176 Anm. 2; Duncker a. a. O. S. 95.

2) Duncker a. a. O. S. 91, 92, hat ſich in das Nebeneinanderbeſtehen einer iusta und iniusta possessio bei Paulus gar nicht zu finden vermocht. Außerdem verfällt er auf Grund des ex contrario in Grübeleien, an die Paulus gar nicht gedacht hat.

haben könne. Darnach hätte er zu dem Ergebnis kommen müssen: daß in dem Wagen auch nur einer sitzen kann; mindestens, daß nur einer haftet. Das paßt ihm natürlich für Erledigung seiner Frage am allerwenigsten. Er fährt daher in seinen Betrachtungen so fort:

nec quemqam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiuiso pro parte dominium habere. usum autem balinei quidem uel porticus uel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur): uerum in uehiculo commodato uel locato pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca uehiculi teneam. sed esse uerius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere.

Celsus nimmt hier zunächst seine Zuflucht zum Begriffe geteiltes Eigentum: ein nach Linien geteiltes Eigentum giebt es an einem Wagen zwar nicht, aber ein Miteigentum nach intellectuellen Teilen ist möglich. Wenn aber zwei in einem Wagen sitzen, so nehmen sie doch wohl eher reelle als ideelle Teile ein. Das will also auch wieder nicht passen; und so giebt denn Celsus das Eigentum ganz preis, um sich wieder zum Besitze bezw. der Detention zu wenden. Ihm fallen die Bäder, Säulengänge und freien Plätze ein, wo sich viele neben einander nach allen Richtungen hin bewegen können, ohne daß sie sich gerade zu rempeln brauchen: also ist volle Besitzesausübung mehrerer an derselben Sache doch wohl möglich. Wie stimmt das aber nun wieder zu seinem Fuhrwerk? Wenn zwei sich einen zweisitzigen Wagen gemietet oder geliehen haben, so sitzt der eine rechts, der andere links: also findet eine nach Linien geteilte Besitzesausübung statt. Dieser Auffassung würde eine Haftung nach Teilen entsprechen. Indessen mit einem kühnen „sed uerius esse" gelangt Celsus gleichwohl zu der entgegengesetzten Entscheidung.

Uns treten hier in Bezug auf die Besitzesausübung nicht weniger als drei Ansichten entgegen:

Voller Besitz mehrerer an derselben Sache ist unmöglich.

Voller Besitz mehrerer an derselben Sache ist möglich.

Nach Linien geteilter Besitz mehrerer an derselben Sache ist möglich.

Celsus, der diese drei Ansichten neben einander hinstellt, ist sich über die Frage, was und wie viel davon richtig sei, offenbar nicht klar geworden. Wir haben demnach in dieser Aufstellung nur ein Fragezeichen an die Wissenschaft zu erblicken. Versuchen wir es, diesem Fragezeichen, sofern unsere Grundstücke dabei in Betracht kommen, gerecht zu werden.

Der Satz, daß voller Besitz mehrerer an derselben Sache unmöglich sei, wird von Paulus im ausgeschriebenen fr. 3 § 5 A. u. A. P. als ein logisch notwendiger betrachtet. Das haben ihm viele nachgesprochen, neuerdings wieder Kindel. Allein die Beweisführung des Paulus, so wie er den Satz versteht, beruht auf einem Fehler.

Was für einen einzelnen Teil eines Ganzen richtig, ist darum noch nicht für das Ganze richtig. Wenn ich auf einem Grundstück stehe, so kann auf diesem Fleckchen zur selben Zeit allerdings kein anderer stehen. Wohl aber können die Fleckchen, die ich nicht innehabe, von anderen betreten werden. Also können andere neben mir gerade so gut Besitz ausüben, wie ich selber. Die Ausschließlichkeit des Besitzes, wie sie Paulus vorschwebt, „non magis enim eadem possessio apud duos esse potest", beruht demnach keineswegs auf logischer Notwendigkeit.

Das logisch Notwendige beschränkt sich vielmehr auf folgenden Satz. So lange ich auf einem Grundstücke stehe, können andere immer nur neben mir körperlichen Besitz ausüben; also können andere nie vollen Besitz in dem Sinne ausüben, daß sie meinen Besitz aufhöben.

Wenn Celsus gleichwohl eine volle Besitzausübung in diesem Sinne für möglich hält, so befindet er sich im Irrtum. In dieser Beziehung ist in der That zwischen einem Wagen und dem campus Martius oder einem Säulengange kein Unterschied. Celsus hat sich durch die großen Flächen täuschen lassen. Wenn jemand in einem Säulengange spaziert, so ist

die Möglichkeit gegeben, daß er bei seinem Spaziergange jede einzelne Fliese betritt. Dieselbe Möglichkeit liegt für einen zweiten, dritten u. s. w. vor, der mit ihm zu gleicher Zeit spaziert. Insofern spricht nun Celsus von einem usum . . uniuscuiusque in solidum esse. Aber zu gleicher Zeit können keine zwei dieselbe Fliese an derselben Stelle betreten; insofern verhält es sich hier doch wieder gerade so, wie beim Wagen.

Das natürlich gegebene Verhältnis ist demnach dieses.

Gleichzeitige Besitzesausübung mehrerer auf demselben Grundstücke ist insofern denkbar, als die mehreren sich an verschiedenen Stellen befinden. Die körperliche Besitzesausübung erscheint demnach als eine reell durch Linien teilbare.

Wenn nun gleichwohl die Römer die Ausschließlichkeit des Besitzes in einem gewissen Sinne entwickelten, so haben wir es in dieser Beziehung keineswegs mit einem logisch notwendigen Begriffe zu thun, sondern mit einem Begriffe, der seine Berechtigung nur Zweckmäßigkeitsgründen zu verdanken haben kann. Daher ist es auch keineswegs notwendig, daß die Römer diesen Begriff überall zur Anwendung gebracht; sie könnten sich diesem Begriffe gegenüber vielmehr eine gewisse Zurückhaltung auferlegt haben. Und in der That ist ein wesentlicher Unterschied zwischen heimlicher und gewaltthätiger Besitzerwerbung gemacht worden. Die heimliche Besitzerwerbung tritt neben der gewaltthätigen einen Schritt zurück.

4. Zurücktreten der heimlichen Besitzerwerbung.

Der Besitzer eines Grundstückes kann nicht alle Schollen desselben zu gleicher Zeit umwandeln, deshalb muß es für die körperliche Ausübung ausreichend sein, wenn der Besitzer nur irgendwo auf seinem Grundstücke verweilt. Damit ist aber die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß ein anderer an einer andern Stelle sich befindet. Wenn nun der Besitzer auf seinem Grundstücke verweilt und ein anderer dasselbe Grundstück betritt in der Absicht, Besitz zu erwerben: wie stellt sich dann die Sache? Wir haben zu unterscheiden zwischen der heimlichen und der gewaltthätigen Besitzergreifung.

Heimlicher Besitzerwerb liegt vor, wenn jemand verstohlener Weise ein Grundstück betritt, ohne daß der Besitzer darum weiß, und mit dem Bewußtsein: wird der Besitzer deiner ansichtig, so wird er von seinem Hausrechte Gebrauch machen.

Ulp. fr. 6 pr. A. u. A. P. 41, 2.

Itaque, inquit Pomponius, clam nanciscitur possessionem, qui futuram controuersiam metuens ignorante eo, quem metuit, furtiue in possessionem ingreditur.

Ein solcher heimlicher Besitzerwerb kommt dem Besitzer gegenüber, der seinen Besitz körperlich ausübt, gar nicht in Betracht, insofern macht sich also die Ausschließlichkeit des Besitzes geltend.

Celsus fr. 18 § 3 A. u. A. P.

Si, dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intrauerit, non desisse ilico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus, simul sciero.

Man setze folgenden Fall. Ein auswärtiger Arbeiter, um Geld für Nachtquartier zu sparen, hat es vorgezogen, sich im Stallgebäude einer Villa ein Schlaflager zu bereiten. Drei Nächte wird es nicht bemerkt, die vierte Nacht jagt ihn der Besitzer fort. Dieser Schlafgenosse hat nie Besitz erworben, weder an der ganzen Villa noch am Stallgebäude, wenn seine Absicht auch auf Besitz gerichtet gewesen sein sollte. Der Besitzer der Villa erscheint als der Mächtigere, dem gegenüber der heimliche Besitzerwerb nicht in Betracht kommt.

Dieselbe Auffassung tritt uns beim Interdictum Uti possidetis entgegen. Damit es hier zu einem Verfahren kam, war erforderlich, daß von dem Nichtinhaber des Grundstückes dem Inhaber desselben Gewalt zugefügt wurde. Bloße heimliche Besitzergreifung auf einem Teile des Grundstückes war keine ausreichende Besitzesstörung. So verhielt sich die Sache noch zur Zeit des Gajus, wenngleich man sich statt wirklicher Gewalt mit Scheingewalt begnügte [1]).

Bloße heimliche Besitzergreifung auf einem Teile eines

1) Gai. 4, 170.

Grundstückes ist selbst nach Justinian'schem Rechte für das Interdictum Uti possidetis nicht ausreichend. Denn, wie Ihering[1]) neuerdings nachgewiesen, ist man bei den Voraussetzungen für dieses Interdictum nie über das prohibere hinausgegangen. Das ist aber gar kein Verhindern des anwesenden Besitzers, wenn irgend jemand in einer beliebigen Ecke des Grundstückes heimlicherweise sich mit Besitzerwerbungsgedanken trägt.

Zu demselben Ergebnisse kommen wir endlich noch auf einem andern Wege. Aus alter Zeit ist uns, wie wir oben § 23 a. E. sahen, die Regel überliefert: constat possidere nos, donec aut discesserimus aut ui deiecti fuerimus. Wenn nun jemand ein Grundstück heimlich betritt, während der Besitzer darauf verweilt; so hat ja der Besitzer das Grundstück weder verlassen, noch ist er entsetzt worden: also ist er Besitzer geblieben.

5. Gewaltthätige Besitzergreifung.

Wesentlich anders ist die Sache zu beurteilen, wenn sich dem bisherigen Besitzer ein gewaltthätiger Besitzergreifer gegenüberstellt. Die beiden äußersten Möglichkeiten sind hier: Vertreibung des bisherigen Besitzers und Zurückdrängung des Angreifers.

Gelingt dem Angreifer die Vertreibung des bisherigen Besitzers mit all den Seinigen, Knecht, Magd, Frau und Kindern, so wird er vollständiger Besitzer, ohne daß er nötig hat, sämmtliche Schollen des Grundstückes zu umwandeln[2]).

Gelingt andererseits dem bisherigen Besitzer, sich des Angriffes zu erwehren, so bleibt er vollständiger Besitzer und hat nie aufgehört, Besitzer zu sein, selbst wenn er während des Kampfes zeitweilig das Grundstück verlassen haben sollte[3]). Von beiden Fällen war bereits die Rede.

Nun sind aber noch Mittelfälle zu verzeichnen, und für die hier zu treffende Entscheidung müssen wir zunächst von der

1) Siehe Jahrbücher, Bd. 23, S. 258 flg.
2) Vgl. fr. 1 § 38 de ui 43, 16.
3) Siehe oben § 9, S. 50.

Ausschließlichkeit des Besitzes ganz absehen. Es ist vielmehr von dem Grundsatze auszugehen: der Besitz des Angreifers reicht so weit, als seine Gewalt, nicht weiter; es tritt also eine reelle Teilung des Besitzes ein.

Celsus fr. 18 § 4 A. u. A. P. 41, 2.

Rursus si cum magna ui ingressus est exercitus, eam tantummodo partem quam intrauerit optinet.

Kehren wir zu unserm obigen Beispiele zurück. Es gelingt dem Besitzer nicht, den Arbeiter, der sich im Stallgebäude ein Lager bereitet hatte, aus demselben zu vertreiben; derselbe setzt sich mit einem Revolver zur Wehre: wie weit reicht hier dessen Besitz? Nicht über das Stallgebäude hinaus.

In dieser Beziehung ist es auch ganz einerlei, ob der Wille des Besitzergreifers auf ein mehreres gerichtet war.

Selbst wenn er die Absicht gehabt hätte, den Besitzer von seinem Grundstücke zu vertreiben, dieser sich aber des Angriffs erwehrt, und der Angreifer sich schließlich im Stallgebäude festsetzt; so reicht sein Besitz auch nicht über das Stallgebäude hinaus.

6. Gleichzeitiger Besitzerwerb.

Bei den Fällen, die wir bisher betrachteten, hatten wir einen alten Besitzer, dem sich ein Besitzergreifer gegenüberstellte. Zu betrachten bleibt noch der Fall, wo zwei sich gleichzeitig anschicken, von einem leeren Grundstücke Besitz zu ergreifen. In den Quellen ist diese Möglichkeit nicht erörtert; wir werden also in Anlehnung an die bisher ermittelten Grundsätze die Entscheidung erst noch suchen müssen.

Nehmen wir das Grundstück Afrika. An der einen Seite betritt es ein Engländer, an der andern Seite ein Deutscher. Beide haben die Absicht, den Besitz am ganzen Grundstück zu erwerben; insofern liegt eine Collision vor: wie soll es hier nun werden?

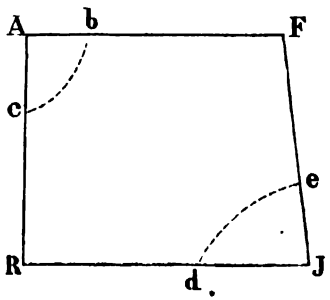
Von einer heimlichen Besitzergreifung kann keine Rede sein, da diese nur einem alten Besitzer gegenüber möglich ist. Sonst könnte man ja auch dazu kommen, beide als heimliche

Besitzergreifer aufzufassen, und dann müßte man jeglichen Besitzerwerb ausschließen.

Mitbesitz ist ebenfalls nicht anzunehmen, denn dieser verlangt einen auf einen bestimmten Bruchteil gerichteten Willen [1]), den beide Besitzergreifer nicht haben [2]).

So bleibt denn nichts anderes übrig, als eine reelle Teilung nach den Machtverhältnissen vorzunehmen. Machen z. B. beide an einem Bache Halt, so bildet dieser Bach die Grenze für den beiderseitigen Besitzerwerb: wenn auch auf der einen Seite $\frac{7}{8}$, auf der andern Seite nur $\frac{1}{8}$ des Grundstückes sich befinden sollte.

Von diesem Gesichtspunkte aus ist dann noch eine Möglichkeit zu berücksichtigen, die da ausgeschlossen erscheint, wo die Machtentfaltung einem alten Besitzer gegenübertritt. Hier reicht der Besitz des neuen Besitzergreifers so weit als seine Macht, der übrige Besitz verbleibt dem alten Besitzer. Dies tritt ein, mögen beide an einander geraten sein oder nicht. Wie ist es nun in unserm Falle, wenn beide Besitzergreifer gar nicht zusammentreffen? Hier werden wir sagen müssen: der Besitz eines jeden reicht so weit, als er das Grundstück betreten hat. So kann es sich denn zutragen, daß ein Teil des Grundstückes von jeglicher Besitzergreifung frei bleibt. Versuchen wir es, uns die Sache durch eine Figur zu veranschaulichen.



1) Vgl. fr. 3 § 2 A. u. A. P. 41, 2; fr. 32 § 2 de usurp. 41, 3.

2) Savigny, Rt. des Bes.[7], S. 262, Anm. 4 gelangt allerdings in einem derartigen Falle zu Mitbesitz.

An dem Punkte b taucht der Deutsche auf und gelangt bis c, an dem Punkte d beginnt der Engländer seine Besitzergreifung und gelangt bis e. Hier hat der Deutsche Besitz erworben von b A c, der Engländer von d J e; besitzfrei ist dagegen geblieben b c R d e F b.

Die hier für den gleichzeitigen Besitzerwerb aufgestellten Grundsätze können nicht bloß bei der Occupation, sondern auch bei der Tradition in Frage kommen. Man setze folgenden Fall. Der alte Besitzer hat sein Grundstück verlassen und erst dem A, darauf dem B leeren Besitz eingeräumt. In dem Augenblicke nun, wo A die Eingangspforte öffnet und seinen Fuß hier auf das Grundstück setzt, springt B über den Gartenzaun.

Im Falle einer Occupation wird man es aber bei weiten Flächen mit der Gleichzeitigkeit kaum so genau zu nehmen brauchen [1]).

7. Eine Aeußerung von Bruns.

Im Anschluß an die soeben erörterten Fragen soll jetzt noch eine hier einschlagende Aeußerung von **Bruns** berücksichtigt werden.

Bruns in seiner Recension der Schrift von **Charles Mainz** kommt auf den Mitbesitz zu sprechen [2]) und bemerkt in dieser Beziehung das Folgende.

Ein Mitbesitz sei immer nur durch Beschränkung des Willens auf einen ideellen Teil möglich; die physische Gewalt könne dabei immer nur solidarisch sein. Der Satz „wo ich stehe, kannst du nicht stehen" wäre nur scheinbar richtig: „denn wenn z. B. zwei in einem Garten stehen, steht zwar jeder auf einem andern Fleck Erde, allein beide haben an sich ganz

---

1) Vgl. oben § 31, S. 169.

2) Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 20, S. 521 = Kleinere Schriften, Bd. 2, S. 389.

gleichmäßig die physische Möglichkeit, auf den ganzen Garten einzuwirken, alles hängt daher bei ihnen vom Willen ab; hat jeder den Willen, solidarisch zu herrschen, so ist eine Collision, bei der schließlich einer weichen muß, haben sie beide den Willen, gemeinschaftlich zu herrschen, so wird ihre physisch solidarische Detention zum ideellen gemeinschaftlichen Besitze". Diese Möglichkeit der solidarischen äußern Detention hätten die Römer auch durch den bekannten Satz „usum in solidum esse" anerkannt.

Man wird gewiß Bruns beipflichten müssen: daß der Mitbesitz nur durch Willensbeschränkung möglich sei. Verwahrung muß ich aber gegen die Behauptung einlegen: daß die physische Gewalt dabei immer nur eine solidarische sein könne. Das Wahre an der Sache ist vielmehr dies. Ob ich ein Grundstück als Alleinbesitzer oder Mitbesitzer oder Nichtbesitzer betrete: in allen drei Fällen ist das körperliche Verhältnis ganz dasselbe. Lediglich der Wille ist es, welcher diese drei Fälle auseinanderhält; insonderheit ist es einem Mitbesitzer nicht möglich, das von ihm mitbesessene Grundstück so zu betreten, daß er bloß seinen ideellen Teil berührt.

Wenn Bruns sich gegen Paulus und für Celsus erkärt, so dürfte er sich gerade so wie dieser letztere durch die weiten Flächen haben täuschen lassen, die ein Grundstück regelmäßig hat. Man denke sich aber einmal einen einsam im Meere emporragenden Felsen, auf dem bloß ein Mensch stehen kann: wie ist denn hier ein solidarisch körperliches Verhältnis mehrerer möglich?

Es ist nicht wahr, daß zwei, die in einem Garten stehen, in körperlicher Beziehung den Besitz solidarisch ausüben. Jeder übt den Besitz so weit aus, bezw. kann ihn so weit ausüben, als ihm der andere nicht im Wege steht. Dies wird auch dadurch nicht besser, daß Bruns das körperliche Verhältnis auffaßt als „die physische Möglichkeit, auf den ganzen Garten einzuwirken". Man stelle sich etwa vor: der eine sei ein Zwerg, der andere ein Riese.

Haben beide den Willen, ganz zu besitzen, so nimmt Bruns mit Recht eine Collision an, bei der schließlich die Macht den Ausschlag geben muß.

Die Ergebnisse, zu denen wir gelangt sind, können wir kurz so zusammenfassen.

Die körperliche Ausübung besteht in Verweilen auf dem Grundstücke.

Die körperliche Erwerbshandlung besteht demzufolge im Betreten des Grundstückes.

Dieses Betreten reicht aber da nicht aus, wo sich dem Besitzergreifer ein anderer Besitzer gegenüberstellt. Hier entscheidet schließlich die größere Machtentfaltung.

Dabei macht es aber einigen Unterschied: ob dem Besitzergreifer ein alter Besitzer gegenübersteht, oder ob beide gleichzeitig Besitz ergreifen wollen.

2. Besitzesverlust.

a. § 33. Unfreiwilliger.

Das körperliche Verhältnis war dem Besitze ursprünglich so wesentlich, daß ohne dasselbe eine Ausübung des Besitzes nicht möglich war. Andererseits war aber auch ein Besitzesverlust ohne Aufhebung des körperlichen Verhältnisses nicht denkbar.

In ersterer Beziehung hat sich der unkörperliche Besitz dem körperlichen zugesellt; ebenso ist nach der andern Richtung hin eine Entwicklung eingetreten. Es hat sich ein Besitzesverlust bei fortdauerndem körperlichen Verhältnisse herausgebildet, und zwar in zweifacher Weise: teils als unfreiwilliger, teils als freiwilliger. Zunächst vom unfreiwilligen Besitzesverlust.

Auf denselben bezieht sich

Ulp. fr. 1 § 46, 47 de ui 43, 16.

Idem Viuianus refert: seruos quosdam ui depulit, alios retinuit et uinxit aut eis imperauit: ui te deiectum intellegi: desisse enim possidere, cum serui ab alio possideantur. et quod in parte seruorum dictum

est, idem in omnibus dici ait, si forte nemo depulsus esset, sed possideri ab eo coepissent, qui ingressus in possessionem esset.

Quid dicturi essemus, tractat, si aliquo possidente ego quoque [1]) ingressus sum in possessionem et non deiciam possessorem, sed uinctum opus facere cogam: quatenus res, inquit, esset? ego uerius puto eum quoque deiectum uideri, qui illic uinctus est.

Im ersten Paragraphen haben wir es mit einem Grundstücke zu thun, dessen Besitz durch Sklaven erhalten wird. Ein solcher Besitz beruht auf dem Besitze an den Sklaven [2]). Zwar hat sich im Laufe der Zeit neben der Erhaltung durch körperliche Vertreter der unkörperliche Besitz entwickelt [3]); und bei der körperlichen Vertretung ist man beim Besitzbegriffe nicht stehen geblieben, sondern hat auch eine Vertretung durch freie Pächter u. s. w. zugelassen [4]): aber sofern der körperliche Vertreter ein Sklave, hat man den Besitzbegriff nicht preisgegeben. Daraus folgt, wenn ein dritter von den Sklaven, die körperlich für einen andern den Besitz ausüben, auf dem Grundstücke Besitz ergreift: daß der andere den Besitz am Grundstück verliert, der dritte dagegen erwirbt. Dies ist nicht bloß die Ansicht des Vivianus, welcher den älteren Anschauungen noch näher stand — er schrieb vor Pomponius [5]) — auch Ulpian hat sie allem Anscheine nach gebilligt. Hätte freilich die Besitzergreifung der Sklaven stattgefunden, nachdem sie das Grundstück verlassen hatten; so würde damit ein Besitzerwerb des Grundstückes nicht verbunden gewesen sein wegen des unkörperlichen Besitzes, der hier dann eingriff [6]).

Dieser Fall der Besitzesentsetzung unterscheidet sich in

1) Quoque will Mommsen streichen, überflüssig ist es allerdings, aber warum hätte Ulpian nicht so schreiben können?

2) Vgl. z. B. fr. 47 A. u. A. P. 41, 2. cuius corpore ceteras quoque res possumus possidere.

3) Siehe oben § 25, 26.

4) Siehe oben § 24.

5) fr. 17 § 4 Comm. 13, 6.

6) Vgl. z. B. fr. 31 de dolo malo 4, 3.

einem wesentlichen Punkte von der gewaltthätigen Vertreibung im eigentlichen Sinne. Nach römischer Anschauung ist ein Besitzesverlust durch gewaltthätige Vertreibung möglich, ohne daß der Vertreibende vom Grundstück Besitz zu ergreifen braucht [1]). Hier dagegen ist der Besitzesverlust des einen durch den Besitzerwerb des andern bedingt. Wenn z. B. jemand Sklaven auf einem Grundstück gefesselt hätte, lediglich in der Absicht, um es bequem ausplündern zu können, und dann mit seiner Beute abgezogen wäre; so würde man sagen müssen: diese Sklaven, trotz ihres gefesselten Zustandes, haben nie aufgehört, körperliche Vertreter des alten Besitzers zu sein.

In diesem ersten Beispiele des Vivianus haben wir aber noch keinen Besitzesverlust bei fortdauerndem körperlichen Verhältnis: denn durch die Besitzergreifung an den Sklaven ist ja das alte körperliche Verhältnis aufgehoben. Den Besitzesverlust bei fortdauerndem körperlichen Verhältnis bringt uns erst der zweite Paragraph.

Vivianus wendet sich hier zu dem Falle, wenn ein freier Besitzer gefesselt und auf seinem eigenen Grundstücke gezwungen wird, Sklavenarbeit zu thun. Leicht kann ihm die Entscheidung nicht geworden sein, denn wir sehen ihn einen zweimaligen Anlauf nehmen: quid dicturi essemus? quatenus res esset? Nahm Vivianus hier vielleicht Besitz an freien Menschen an? Bekker [2]) meint freilich: daß physische Ueberwältigung der Person keinen Besitz begründe, hätte kaum gesagt zu werden brauchen. Indes gutgläubiger Besitz eines Freien wurde doch noch später zugelassen [3]); und hierin erblicke ich nur ein Ueberbleibsel einer älteren Anschauung, wonach der freie Mensch allgemein Gegenstand des Besitzes sein konnte. So gar unrömisch muß diese Vorstellung auch wohl nicht gewesen sein, da wir einen Fragsteller bei Javolen ebenfalls davon ausgehen sehen [4]).

1) fr. 4 § 22 de usurp. 41, 3.

2) Rt. des Bes. S. 208.

3) Vgl. z. B. Gai. 2, 92.

4) fr. 23 § 2 A. u. A. P. 41, 2. Item quaero, si uinxero liberum hominem ita, ut eum possideam.

Ob aber Vivianus sich dieser Begründung wirklich bedient haben wird, wie dies allerdings der erstere Fall nahe legte? Der doppelte Anlauf dürfte dagegen sprechen. Ueberhaupt erfahren wir weder etwas von der Entscheidung des Vivianus, noch seinen Zweifelsgründen, noch seinen Beweisgründen. Die Compilatoren scheinen alles gestrichen zu haben; sie speisen uns ab mit einem uerius puto des Ulpian.

Dieses uerius puto des Ulpian giebt dann die Entscheidung dahin ab, daß Besitzesverlust anzunehmen sei. Derselben Ansicht ist

Paul. sent. 5, 6 § 6.

Vi deiectus uidetur et qui in praedio ui retinetur.

Eine Begründung lassen sowohl Ulpian wie Paulus vermissen. Die Gründe, die wenigstens den letzteren geleitet haben, lassen sich aber vielleicht anderweitig ermitteln.

An sich wäre es nicht undenkbar, im vorliegenden Falle einen Doppeltbesitz anzunehmen: beide befinden sich auf dem Grundstücke, beide sind also auch Besitzer; der eine wäre ein iustus, der andere ein iniustus possessor. Aber gerade gegen die Möglichkeit eines gleichzeitigen körperlichen iuste und iniuste possidere erklärt sich Paulus in fr. 3 § 5 A. u. A. P. mit großem Nachdruck, indem er dem gegenüber die Ausschließlichkeit des Besitzes zur Geltung bringt. An eine reelle Teilung des Besitzes ist auch nicht zu denken, da der eine vollständig überwältigt ist. Daher bleibt nichts anderes übrig, als demjenigen den Alleinbesitz zuzusprechen, der sich als der Mächtigere erwiesen hat.

Die hier vorliegende Entscheidung gründet sich also einerseits auf die Ausschließlichkeit des Besitzes, andererseits auf den Umstand, daß zwischen zwei körperlichen Inhabern die Macht den Ausschlag geben muß.

Hervorzuheben ist auch für diesen Fall, daß der Besitzesverlust auf der einen Seite durch den Besitzeserwerb auf der andern Seite bedingt wird.

Wenn z. B. ein Besitzer lediglich zu dem Zwecke gefesselt und geknebelt würde, damit die Thäter in aller Bequemlichkeit

sein Besitztum ausplündern können, so würde ein solcher Besitzer nie aufgehört haben, seinen Besitz körperlich auszuüben. Hieran sehen wir gleichzeitig, daß nicht etwa ein Besitzesverlust in Frage steht, wo das körperliche Verhältnis des bisherigen Besitzers aufgehoben wird, sondern wo dieses körperliche Verhältnis bei Bestand bleibt. Bei den gefesselten Sklaven verhielt sich die Sache anders: nicht weil hier das körperliche Verhältnis an sich fortgefallen wäre, sondern weil das bei Bestand bleibende körperliche Verhältnis nicht mehr für den alten, sondern den neuen Besitzer in Betracht kam.

Savigny[1]) betrachtet die hier besprochene Entscheidung von einem wesentlich andern Gesichtspunkte aus, und dieser Umstand scheint für seine ganze Besitzesauffassung verhängnisvoll geworden zu sein.

Gerade mit dieser Entscheidung leitet nämlich Savigny den Besitzesverlust an Grundstücken ein. Das ist ein Verfahren, welches vom historischen Standpunkte aus jedenfalls nicht gebilligt werden kann: denn wir haben hier eine Entwicklung vor uns, die sich erst verhältnismäßig spät und, wie es scheint, nicht ohne Mühe vollzog. Das Einsetzen mit einer derartigen Entscheidung bedeutet demnach Verlassen des historischen Bodens und Abschneiden des Verständnisses für eine historische Entwicklung.

Aber auch vom systematischen Standpunkte aus kann dieses Verfahren nicht als richtig bezeichnet werden. Wir haben hier einen complicierten Fall vor uns, wo sich zwei auf einem Grundstücke befinden. Davon darf nicht ausgehen, wer das Wesen der Dinge ergründen will, sondern von den einfachen Fällen.

Savigny führt diesen Fall des Besitzesverlustes zurück auf eine Aufhebung des körperlichen Verhältnisses. So muß er denn allerdings notwendig dazu gelangen, den körperlichen Besitz aufzufassen als „die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken". Also dasjenige Mittel, welches die

2) Rt. des Bes.[7], S. 344.

Römer lediglich zur Anwendung gebracht haben, wo sich zwei einander gegenüberstehen, wird dem körperlichen Besitze überhaupt als Merkmal angeheftet.

Savigny hätte weiter dahin gelangen müssen, Besitzesverlust selbst dann anzunehmen, wenn der Fesselnde gar nicht besitzen wollte. Diese Folgerung zieht er aber selber nicht.

Wir haben hier demnach einen Fall des Besitzesverlustes zu verzeichnen bei fortdauerndem körperlichen Verhältnisse. Da nun eine Absicht, den Besitz aufzugeben, ebenfalls nicht vorhanden, so geht der Besitz verloren, ohne desfallsigen Willen und ohne Aufhebung des körperlichen Verhältnisses. Einen solchen Fall konnte freilich Savigny am allerwenigsten gebrauchen: denn hier versagt sein utrumque nach beiden Richtungen und in beiderlei Gestalt.

b. Freiwilliger.

aa. § 34. Besitzesaufgabe.

Dem unfreiwilligen Besitzesverluste bei fortdauerndem körperlichen Verhältnisse stellt sich der freiwillige Besitzesverlust zur Seite. Bisher hat man hierunter nur den Fall der einfachen Besitzesaufgabe begriffen. Es dürften aber außerdem hierher gehören: die Besitzesumwandlung und ein Fall der Besitzesaufgabe, mit dem sich Besitzesrückkehr verbindet.

Was nun zunächst die einfache Besitzesaufgabe anbetrifft, so handelt es sich auch hier um eine verhältnismäßig junge Rechtsbildung. Celsus und Marcellus sind, soviel wir sehen, die ersten gewesen, welche für dieselben eintraten. Hierauf weist uns hin

Ulp. fr. 34 pr. A. u. A. P.

animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt.

Was den Gegenstand dieses Besitzverlustes anbetrifft, so scheinen die Römer denselben nur bei Grundstücken angenommen zu haben. Daß dieser Besitzesverlust auch bei beweglichen

Sachen möglich geweſen ſei, wird wenigſtens nicht bewieſen [1]) durch

Paulus fr. 30 § 4 A. u. A. P.

Item quod mobile est, multis modis desinimus possidere: si aut nolimus, aut seruum puta manumittamus, item si quod possidebam in aliam speciem translatum sit, ueluti uestimentum ex lana factum.

Es werden hier einander gegenübergeſtellt freiwilliger und unfreiwilliger Beſitzesverluſt; es wird aber nicht geſagt, daß ein freiwilliger Beſitzesverluſt ohne Preisgebung des körperlichen Verhältniſſes ſtatthaft ſei. Das Beiſpiel für den unfreiwilligen Beſitzesverluſt iſt die Specification, wo die Aufhebung des körperlichen Verhältniſſes allein genügt. Für den freiwilligen Beſitzesverluſt haben wir eine Zweigliederung, beſtehend aus einem allgemeinen Satz, aut nolimus, und einem Beiſpiel. Das Beiſpiel iſt die Freilaſſung eines Sklaven, alſo ein Fall, wo zur Willensäußerung die Beſeitigung des körperlichen Verhältniſſes hinzukommt. Demnach, möchte man meinen, bleibt für das nolimus nur der Fall übrig, wo ohne Aufhebung des körperlichen Verhältniſſes der Beſitz verloren geht. Der Schluß iſt aber keineswegs ſicher. Die Freilaſſung iſt ein ganz eigentümlich gearteter Fall, wo der Beſitz für die Zukunft überhaupt unmöglich wird. Bleibt mithin noch der gewöhnliche Fall nach, wo eine Trennung von ſonſtigen Sachen ſtattfindet. Und an dieſen Fall, wo an ſonſtigen Sachen durch Wille und Beſeitigung des körperlichen Verhältniſſes der Beſitz verloren geht, werden wir doch wohl in erſter Linie zu denken haben, da ſonſt der Hauptfall ganz ausgelaſſen wäre.

Mag es ſich indes mit dieſer Stelle verhalten, wie es wolle, uns kümmern hier jedenfalls nur Grundſtücke.

Den Hergang ſchildert uns

Paulus fr. 3 § 6 A. u. A. P.

si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem.

1) Dies meinen z. B. Windſcheid, Pand. Bd. 1[8] § 156, A. 10; Bekker, Rt. des Beſ. S. 238; u. a.

Der Besitzer befindet sich auf dem Grundstück; er erklärt, nicht besitzen zu wollen; sofort ist er seines Besitzes verlustig.

Der Satz scheint von vielen für selbstverständlich gehalten zu werden, wenigstens vermisse ich bei den meisten Schriftstellern alle und jede Erklärung. Gleichwohl will dieser Satz nicht recht passen zu den Vorstellungen, welche die heutigen Schriftsteller über den römischen Besitz mitzubringen pflegen. So scheint denn eine Erklärung sehr am Platze zu sein. Wir müssen uns darüber klar werden: wie dieser Satz in's Rechtsleben der Römer eingriff; und zu diesem Zwecke seine concrete Grundlage aufsuchen.

Savigny[1]) hat hier drei Nummern.

Die erste verweist uns auf das sog. constitutum possessorium. Hier liegt indes mehr vor als Besitzesverlust durch bloßen Willen. Beim constitutum possessorium faßt der Besitzer den Entschluß, für einen andern besitzen zu wollen. Es wird also gleichzeitig für einen andern erworben; und zwar geschieht dieser Erwerb durch Willen und körperliches Verhältnis: einen Erwerb durch bloßen Willen giebt es im allgemeinen nicht. Der alte Besitzer übt von jetzt an körperlichen Besitz für einen andern aus. Daraus folgt: daß er nicht mehr für sich selber körperlichen Besitz ausübt. Also liegt ein Besitzesverlust animo et corpore vor.

Die zweite Nummer ist rein negativ. Es wird hier der Satz besprochen, daß, wer vindiciere, damit nicht auf seinen Besitz verzichte. Savigny addiert also $2+0=3$.

An dritter Stelle meint Savigny: die Absicht, den Besitz aufzugeben, könne auch aus einer bloßen Unterlassung gefolgert werden; wenn der Besitzer eine Reihe von Jahren hindurch sein Feld unbenutzt liegen lasse, so könne man annehmen, daß er den Besitz habe aufgeben wollen.

Aber das wäre ja wiederum ein Besitzesverlust nicht durch bloßen Willen, sondern durch Willen und Beseitigung des körperlichen Verhältnisses.

---

1) Rt. des Bes.[7], S. 358 flg.

Zudem ist es mit dem Willenserfordernis sehr schwach bestellt. Wenn man einen Besitzesverlust wegen Nachlässigkeit bezw. langer Abwesenheit annehmen müßte, so wäre das kein freiwilliger, sondern ein unfreiwilliger Besitzesverlust.

Savigny hat gleichwohl das Willenserfordernis herauszubringen versucht. Seine Beweisführung ist auf negative und positive Weise unternommen, und der negative Beweis ist wiederum ein doppelter.

Erster negativer Beweis: „denn daß er ihn bloß vergessen habe, ist höchst unwahrscheinlich".

Also doch nur unwahrscheinlich, keineswegs unmöglich. Man setze auch einmal folgenden Fall. Jemand hat an einem fremden Orte eine Reihe kleiner Grundstücke geerbt, ist dort gewesen und hat von allen Grundstücken Besitz ergriffen. In dem Verzeichnisse, das ihm später zugeschickt wird, ist ein Kohlgarten ausgelassen. In Folge dessen trifft der Besitzer über diesen Kohlgarten gar keine Verfügung; derselbe bleibt Jahre lang unbenutzt liegen. Diesen Fall nehmen wir nach Savigny zunächst feierlichst aus; hier kann nach seinem eigenen Geständnisse kein Besitzesverlust eintreten.

Zweiter negativer Beweis: „und ob er denselben überhaupt nicht haben will, oder ob er ihn aus bloßer Nachlässigkeit aufgegeben hat, oder weil ihm etwa eine Reise viel wichtiger war — das alles ist hier ganz gleichgültig, indem dadurch nur die Motive seines Entschlusses modificiert werden, nicht aber der Entschluß selbst".

Diese Ausdrucksweise müssen wir in Savigny's Sinne zunächst wohl ein wenig berichtigen. Savigny will aus einer bloßen Unterlassung auf die Absicht, den Besitz aufzugeben, schließen. Diese Unterlassung ist das Nichtbebauen eines Grundstückes. Dieselbe geschieht: 1) weil dem Besitzer eine Reise viel wichtiger war, 2) aus bloßer Nachlässigkeit, 3) weil er das Grundstück überhaupt nicht bebauen will.

Alle solche Motive werden also für gleichgültig erklärt. Das ist eine sehr bedenkliche Behauptung. Denn wie kann man sonst den Weg von der Unterlassung zur anderweitigen

Absicht finden, als dadurch, daß man auf die Motive zurückgeht? Allerdings sind sämmtliche Motive, welche Savigny anführt, von der Beschaffenheit, daß sie auf eine Absicht, den Besitz aufzugeben, keineswegs schließen lassen.

Positiver Beweis: „da nämlich in allen diesen Fällen der Entschluß frei und mit vollem Bewußtsein auf etwas gerichtet ist, was die Ausübung des Besitzes ganz unmöglich macht, so ist notwendiger Weise auch die Entsagung des Besitzes in ihm enthalten."

Das ist ein Fehlschluß. Der Entschluß war nur auf etwas gerichtet, was die körperliche Ausübung des Besitzes unmöglich macht. Daneben giebt es aber eine unkörperliche Ausübung. Und das sollte ja gerade das Ziel der Beweisführung sein: eine auf Aufgabe des unkörperlichen Besitzes gerichtete Absicht herauszubringen. Dieses Ziel hat Savigny also vollständig verfehlt; und ist wieder beim Ausgangspunkt, den er sich als Ziel vorstellt, angelangt.

Genauer beschrieben ist der Irrweg, den Savigny wandelt, dieser: aus dem Entschlusse, ein Feld nicht zu bebauen, folgt die Absicht, den unkörperlichen Besitz aufzugeben; denn dieser Entschluß ist darauf gerichtet, ein Feld nicht zu bebauen.

Von dem, was Savigny in seiner positiven Beweisführung als logisch notwendig hinstellt, dürfte es eigentlich keine Ausnahmen geben. Beim vergessenen Grundstück sind wir aber bereits auf eine Ausnahme gestoßen. Außerdem bringt Savigny selber zwei Ausnahmen. Wenn nämlich die Benutzung des Feldes aus Furcht unterlassen wurde, oder weil der ordnungsmäßige Betrieb dies so mit sich brachte, so soll das kein Besitzesverlust sein.

Nun sind aber Furcht und ordnungsmäßiger Betrieb nichts anderes als Motive für die Nichtbenutzung. Also das von Savigny für völlig gleichgültig erklärte Motiv wird hier von ihm selber herangezogen, um eine Entsagungsabsicht auszuschließen.

Savigny scheint sich überhaupt den Begriff Motiv gar

nicht klar gemacht zu haben. Dies sieht man am deutlichsten daran, daß er die Motive als gleichgültig behandelt und andererseits nach der Absicht sucht. Als ob Motiv und Absicht unversöhnliche Gegensätze wären!

Motiv ist eine Vorstellung, welche als Ursache der Handlung erscheint. Nun kann aber dieselbe Vorstellung sehr wohl in doppelter Function auftreten: als Motiv und als Element der Absicht [1]).

So muß die Sache sogar liegen, wenn sich mit der Nichtbenutzung eines Feldes die Absicht, dem Besitz zu entsagen, verbinden soll. Die Entsagungsabsicht ist für mich gleichzeitig das Motiv für die Nichtbenutzung des Feldes. Ich lasse ein Feld unbenutzt, weil ich den Besitz aufgeben will, und um ihn aufzugeben. Und wenn ich aus andern Gründen ein Feld unbenutzt liegen lasse, so habe ich eben nicht die Absicht, auf den Besitz zu verzichten.

Somit kommen wir auf einen ganz gewöhnlichen Fall hinaus, den Savigny offenbar nicht haben will, weil er sich dann viele Mühe hätte sparen können. Savigny glaubte, durch einen erst künstlich herauszubringenden animus dem in Frage stehenden Rechtssatze genügen zu müssen. Dabei begegnet ihm indes das Mißgeschick, daß er animus nennt, was gar kein animus ist. Andererseits knüpft er an einen Fall an, wo das körperliche Verhältnis schon vorher aufgelöst war, und hätte daher im allergünstigsten Falle immer nur zu einem Besitzverluste animo et corpore gelangen können.

Bekker [2]) hat es neuerdings, freilich in etwas schüchterner Weise und nicht ohne Verklausulierung, mit der Dereliction versucht. Dagegen spricht einmal, daß eine Dereliction ohne Preisgebung des körperlichen Verhältnisses nicht ausführbar [3]). Sodann dürfte doch auch wohl einigermaßen in's Gewicht fallen, daß Dereliction von Grundstücken kein allzu häufiges

---

1) Vgl. Zitelmann, Irrtum, S. 159, 160.
2) Rt. des Bes. S. 238.
3) Siehe oben § 18 i. A.

Vorkommnis zu sein pflegt. Aber ganz abgesehen hiervon — man vergegenwärtige sich nur einmal die Sachlage. Der Besitzer eines Grundstückes, etwa auf seines Daches Zinnen, trägt folgenden Monolog vor: den Besitz dieses Grundstückes gebe ich hiermit auf. Sollten die Römer wirklich an Derartiges gedacht haben? Näher hätte es jedenfalls gelegen, in einem solchen Falle die Diagnose darauf zu richten: ob der Mensch vielleicht verrückt sei.

Zum Verständnis des in Frage stehenden Satzes werden wir schwerlich anders durchdringen, als indem wir eine Reihe von Vorstellungen fallen lassen, die uns mit Savigny anerzogen sind. Treten wir gleich mit diesem Vorgefühl an die Quellen heran.

Marcellus, der nach Celsus unsern Satz befürwortete, liefert uns einen Anwendungsfall.

Marcellus fr. 19 pr. A. u. A. P. 41, 2.

Qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit: quaero, utrum desinat possidere an non. respondi: in promptu est, ut possidere desierit.

Ein gutgläubiger Besitzer lernt den Eigentümer kennen und mietet diesem das Grundstück ab. Hier geht der Besitz verloren, der Besitzer ist von jetzt an bloßer Detentor.

Ist denn das aber nicht ein Verlust durch Willen und Beseitigung des körperlichen Verhältnisses? Der Pächter war Besitzer, jetzt wird er Detentor, übt also jetzt doch wohl den Besitz für den Eigentümer aus, indem dieser durch constitutum possessorium gleichzeitig Besitzer wurde?

Nein! — sage ich mit aller nur gewünschten Entschiedenheit. Die Stelle spricht nur von einem Besitzesverluste, und mehr dürfen wir auch in die Stelle nicht hineinlegen. Der Erwerb des Besitzes verlangt Betreten des Grundstückes von Seiten des Eigentümers. Ein Detentor kann allerdings körperlicher Vertreter eines Besitzers sein, aber dieser Besitz mußte doch erst begründet werden.

Die Sache liegt mithin so. Durch Abschluß des Pachtvertrages hört der Besitz des gutgläubigen Besitzers auf, das

körperliche Verhältnis bleibt bei Bestand, der Besitz geht durch bloßen Willen verloren. Er wird Detentor, aber noch nicht für den Besitzer. Will der Eigentümer Besitz erwerben, so steht ihm das zwar jeden Augenblick frei; er muß indes zu diesem Zwecke das Grundstück erst betreten.

Die Zurückweisung des constitutum possessorium gebietet sich zudem noch aus einem andern Grunde, wie die jetzt folgende Untersuchung darlegen wird.

§ 35. Fortsetzung.

Das constitutum possessorium ist ein Besitzerwerb durch Stellvertreter. Wie die Stellvertretung überhaupt, so hat sich auch der Besitzerwerb durch Stellvertreter bei den Römern erst verhältnismäßig spät und nur langsam entwickelt.

I. Das Fehlen des Besitzerwerbes durch Stellvertreter tritt uns z. B. ganz deutlich in folgender Stelle entgegen [1]).

Iauolenus fr. 51 A. u. A. P. 41, 2.

Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: ueluti si aceruum lignorum emero et eum uenditor tollere me iusserit, simulatque custodiam posuissem, traditus mihi uidetur. idem iuris esse uino uendito, cum uniuersae amphorae uini simul essent. sed uideamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. In eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore aceruus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae uideantur: nihil uideo interesse, utrum ipse aceruum an mandato meo aliquis custodiat: utrubique animi quodam genere possessio erit aestimanda.

Jemand hat einen Haufen Holz verkauft; der Verkäufer verlangt Abnahme. Labeo nimmt Besitzerwerb an, sobald der Käufer einen Wächter hingestellt habe. Von unserm heutigen Standpunkte aus läge es am nächsten, dies als einen Besitz-

1) Vgl. Schloßmann, Besitzerwerb, S. 158.

erwerb durch Stellvertreter aufzufassen, und so hat in der That Savigny[1]) die Stelle verstanden. Ganz anders Labeo, obwohl derselbe sich den Besitzerwerb auf zweierlei Weise so zurecht zu legen sucht.

Zunächst will er in diesem Aufstellen des Wächters einen Besitzerwerb durch bloßen Willen sehen: er zieht also lediglich den Willen des Käufers in Betracht, der Wächter ist ein bloßer Gegenstand von dessen Willensäußerung.

Dann meint er, diesem Besitzerwerbe fehle doch auch wohl das körperliche Verhältnis nicht: es müsse einerlei sein, ob dem Käufer oder dessen Beauftragten die Bewachung überlassen werde. Hier kommt also wiederum nichts auf den Willen des Wächters an, sondern lediglich sein körperliches Verhältnis wird in Betracht gezogen.

Anders als Savigny auch Javolen. Nach Javolen handelt es sich darum, ob man ein körperliches Ergreifen des Holzhaufens für erforderlich halte oder nicht. Ob der Käufer selber die Bewachung übernehme, oder in seinem Auftrage ein anderer, sei gleichgültig. In beiden Fällen wird der Besitz abzuschätzen sein nach einer gewissen Art des Willens, d. h. in beiden Fällen liegt Besitzerwerb durch bloßen Willen des Käufers vor[2]).

II. Noch zu Neratius' und Gajus' Zeiten war es zweifelhaft: ob man einen Besitzerwerb durch andere als der Gewalt des Betreffenden Unterworfene gestatten solle.

Neratius fr. 41 de usurp. 41, 3.

quamuis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conueniat

d. h.: obwohl es schon beinahe feststeht, daß wir durch einen Procurator Besitz erwerben. Ganz sicher kann also damals die Sache noch nicht gewesen sein[3]).

Gai. 2, 95.

et hoc est quod uulgo dicitur per extraneam per-

1) Besitz[7], S. 313.

2) Wesentlich anders versteht die Stelle Strohal, Succ., S. 184, 185.

3) Schloßmann a. a. O. S. 136, 137.

sonam nobis adquiri non posse. tantum de possessione quaeritur, an p . . . . . nobis adquiratur.

Den hinter p folgenden Buchstaben las Studemund ursprünglich ebenfalls p, und demnach ergänzte die erste Ausgabe von Krüger und Studemund per procuratorem. Jetzt will es Studemund vorgekommen sein[1]), als ob dieser Buchstabe ein s oder e sei. Demnach wird in der zweiten Ausgabe das p zu personam gestaltet und vorher per liberam eingeschoben. Allein die Einschaltung vor dem p können wir vermeiden, indem wir pe zu Grunde legen, dieses zu per gestalten und darauf pcurem = procuratorem folgen lassen. Die Lücke zwischen diesem pe und dem darauffolgenden nobis bietet auch gerade für sieben Buchstaben bequem Raum dar. In sachlicher Beziehung ist die Ergänzung per procuratorem geboten durch die Stelle des Neratius und die jetzt zu erörternde von Paulus.

Paul. sent. 5, 2 § 2.

Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur.

Hier finden wir wiederum den Procurator und zwar in Gegensatz gestellt zur libera persona: nicht durch jede freie Person, sondern nur durch einen Procurator konnte zu Paulus' Zeiten Besitz erworben werden. Was zu Neratius' und Gajus' Zeiten noch zweifelhaft, war also inzwischen feste Praxis geworden.

III. Zuvörderst müssen wir uns nun darüber klar werden: was unter einem solchen Procurator zu verstehen sei. In dieser Beziehung liegen aus neuerer Zeit dankenswerte Untersuchungen von Schloßmann[2]) vor.

1) Der Procurator war bei den Römern eine Vertrauens-

1) Vgl. Supplementa ad Codicis Veronensis apographum in der collectio, 2te Ausg., tom. 1 pag. XXVIII.

2) Besitzerwerb, S. 89 flg.

person, ein Factotum, ein Mann für alles; Cicero [1]) nennt ihn einen paene dominus bezw. alieni iuris uicarius.

Pernice [2]) erklärt procurator durch pro curatore „an Stelle eines Curators" und beruft sich hierfür auf lex agraria, Zeile 69.

ei, quoi ita emptum esse comperiet . . procuratoreue eius herediue.

Hier scheint allerdings pro curatore als Indeclinabel gebraucht zu sein. Schloßmann macht dagegen geltend: daß in den Abdrücken, bezw. Abzeichnungen des verloren gegangenen Tafelbruchstückes pro curatore nicht getrennt geschrieben sei. Dieser Einwand will wenig bedeuten. Mehr schon, daß es auch eine alte Dativform auf e gebe; obwohl es doch immerhin auffällt, daß wir dann einen Dativ auf e neben einem Dativ auf i hätten. Am meisten Gewicht dürfte der Bemerkung Schloßmann's beizulegen sein, daß nicht proue curatore gesagt worden. Schloßmann leitet procurator von procurare ab. Und darauf dürfte es schließlich ankommen: ob pro curatore der ältere Begriff, dem das procurare erst nachgebildet worden; oder ob umgekehrt procurator aus procurare hervorgegangen. Ich muß die Entscheidung dieser Frage den Sprachforschern überlassen.

2) Regelmäßig gehörte der Procurator dem Stande der Freigelassenenen an [3]), und es muß häufig vorgekommen sein: daß ein Sklave lediglich zu dem Zwecke freigelassen wurde, um als Procurator zu dienen. Wenigstens galt dies als rechtfertigender Grund, einen Sklaven vor dem Alter von dreißig Jahren freizulassen, wie es das Aelisch-Sentische Gesetz vorschrieb [4]).

Die Freilassung erhöhte selbstverständlich die Rechtsfähig-

---

1) Cicero pro Caecina 20, 57.

2) Labeo, Bd. 1, S. 491.

3) Das Reskript in F. V. 131. „libertus, qui negotia senatoris populi Romani gerit etc." wird erläutert § 132 ibidem: ut unum libertum procuratorem etc.

4) Gai. 1, 19. Iusta autem causa manumissionis est ueluti si quis . . seruum procuratoris habendi gratia . . apud consilium manumittat.

keit des Procurators, und dies kam in gewisser Weise auch seinem Herrn zu gute: er konnte z. B. Processe für ihn führen.

Andererseits ist zu bedenken, daß ein Sklave die Rechtsfähigkeit seines Herrn wesentlich erweiterte: ein Sklave konnte für seinen Herrn erwerben, ihn auch in einem bestimmten Umfange verpflichten.

Nun denke man sich einen Sklaven, der als solcher Rechnungsführer war, oder das Hauswesen oder ein Landgut zu verwalten hatte; dieser Sklave wird zum freien Procurator gemacht, seine Verwaltungsthätigkeit bleibt aber ganz dieselbe: ist es nicht leicht erklärlich, daß der Ursprung aus dem Sklavenstande auf einen solchen Procurator zurückwirkte? Die Leute, die früher mit dem Sklaven an Stelle des Herrn verkehrt hatten, werden sich vom Freigewordenen nicht plötzlich abgewandt haben. Und diese Lebensgewohnheit wird die römische Wissenschaft und Praxis dahin geführt haben, den Procurator mit andern freien Personen nicht auf gleiche Stufe zu stellen [1]). Wir können demnach den Procurator als einen Freien bezeichnen, auf dessen Verhältnis zu seinem Herrn noch sein früherer Sklavenstand von Einfluß war.

3) Insonderheit zeigt sich beim Besitzerwerbe ganz deutlich: wie der Erwerb des Procurators dem des Sklaven nachgebildet ist.

In Bezug auf den Erwerb durch Sklaven bemerkt Paulus fr. 1 § 19 A. u. A. P. 41, 2.

> Haec quae de seruis diximus, ita se habent, si et ipsi uelint nobis adquirere possessionem: nam si iubeas seruum tuum possidere et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi, sed potius Titio adquirere, non est tibi adquisita possessio.

Im folgenden § 20 heißt es dann gleich darauf von den Procuratoren:

> cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accommodarent, nobis non possunt adquirere.

1) Schloßmann, Besitzerwerb, S. 108, 109.

Für den Peculiarerwerb bringen Sabinus, Cassius und Julianus den Satz auf:

adquirimus possessionem etiam ignorantes [1]).

Denselben Satz finden wir angewandt auf das Procuratorenverhältnis [2]).

Bei der Frage, wie es wird, wenn Wille des Tradenten und des Empfängers nicht übereinstimmen, gehen Julian und Ulpian bei dem Procurator von denselben Grundsätzen aus wie beim Sklaven [3]).

Der Erwerb eines Briefes wird beim Procurator gerade so behandelt wie beim Sklaven [4]).

4) Die bloße Anstellung eines Procurators galt nach römischer Anschauung noch nicht als vollwichtiges Mandat; es konnte aber ein besonderes Mandat hinzukommen, und dieses teils allgemein auf die Verwaltung des Vermögens, sei es im vollen, sei es im bestimmten Umfange, oder auf Besorgung einer einzelnen Angelegenheit gerichtet sein. Sofern ein Procurator handelte, dem ein solches Mandat nicht zur Seite stand, wurden seine Handlungen im allgemeinen nach den Grundsätzen der negotiorum gestio beurteilt [5]).

5) Beim Besitzerwerb war es noch zu Paulus' Zeiten streitig, wie wir aus der ausgeschriebenen Stelle ersehen: ob ein ohne Auftrag handelnder Procurator sofort für den abwesenden Herrn erwerbe, oder ob es dazu dessen Genehmigung bedürfe. Paulus selber hält die Genehmigung für erforderlich.

1) fr. 1 § 5 A. u. A. P. 41, 2; fr. 24, fr 44 § 1 eodem.

2) fr. 49 § 2 A. u. A. P. 41, 2; fr. 47 de usurp. 41, 3.

3) Julianus fr. 37 § 6 A. R. D. 41, 1. nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Ulp. fr. 13 de don. 39, 5. nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit.

4) fr. 14 § 17 de furtis 47, 2.

5) fr. 17 pr. de in rem uerso 15, 3. nam et si procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine culpa eam perdiderit, recte eum hoc nomine mandati uel negotiorum gestorum acturum. fr. 51 § 1 ad aed. ed. 21, 1. Circa procuratoris personam — — quamuis ipse domino mandati uel negotiorum gestorum actione sit obstrictus.

Paul. fr. 23 N. G. 3, 5.

potest tamen creditor etiam inuito me ratum habendo pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit.

Derſelben Anſicht war

Ulp. fr. 42 § 1 A. u. A. P. 41, 2.

Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi adquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem.

Hierher wird man ferner Neratius zu ſtellen haben, obwohl ſein Ausſpruch das Eigentum betrifft.

Neratius fr. 13 pr. A. R. D. 41, 1.

Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi [id est proprietas][1]), adquiritur etiam ignoranti.

Schloßmann[2]) nimmt an, daß die obigen Stellen in Widerſpruch ſtänden mit

Papinianus fr. 49 § 2 A. u. A. P. 41, 2.

Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio uero scienti competit.

Ulp. fr. 34 § 1 eodem.

Sed si non mihi, sed procuratori meo possessionem tradas, uidendum est, si ego errem, procurator meus non erret, an mihi possessio adquiratur. et cum placeat ignoranti adquiri, poterit et erranti.

Paulus fr. 47 de usurp. 41, 3.

Si emptam rem mihi procurator ignorante me meo nomine adprehenderit, quamuis possideam, eam non usucapiam, quia ut ignorantes usuceperimus, in peculiaribus tantum rebus receptum est.

Außerdem meint Schloßmann, daß der Ausſpruch des Neratius zwei unvereinbare Dinge mit einander vereinige.

1) Die eingeklammerten Worte ſind wohl nichts weiter als ein Gloſſem, hervorgegangen aus dem folgenden Paragraphen.

2) Beſitzerwerb, S. 126 flg.

Diese Auffassung von Schloßmann beruht aber doch wohl nur, wie bereits Dernburg[1]) hervorgehoben hat, auf vorgefaßten Meinungen.

Schloßmann geht nämlich davon aus: daß mandante domino und ex mandato meo sich nur auf ein Specialmandat beziehen; und etiam ignoranti adquiritur possessio nur bedeuten könne: daß der Procurator dem Herrn auch dann den Besitz erwerbe, wenn dieser einen animus possidendi gar nicht hege. Er hilft sich dadurch: daß er in der Stelle des Neratius entweder ex mandato meo oder ignoranti zu streichen vorschlägt, und im übrigen eine Erklärung nach der historischen Methode versucht: der Meinungswechsel von Ulpian und Paulus wird zurückgeführt auf c. 1 R. et A. P. 7, 32 vom Jahre 196.

Gegen diese Benutzung der c. 1 spricht aber, von sonstigen Bedenken ganz abgesehen, schon der Umstand: daß diese Constitution mit ihrem pridem receptum est gar keine Streitfrage schlichten, sondern nur einen längst feststehenden Satz aussprechen wollte.

Richtig ist allerdings, daß die Regel ignoranti adquiri possessionem einen verschiedenen Umfang hat: je nachdem wir auch bei dem Procurator sofortigen Besitzerwerb annehmen, der gar keinen Auftrag hatte, oder je nachdem wir hierzu Auftrag verlangen. Unrichtig ist aber, wie auch Dernburg schon bemerkt hat: daß diese Regel einen ohne Auftrag handelnden Procurator voraussetze.

Im Sinne der in die Justinian'sche Compilation hinübergenommenen Stellen bedeutet diese Regel vielmehr Folgendes: im Falle eines General- wie Specialmandates erwirbt ein Procurator im Augenblicke der Besitzergreifung Besitz für seinen Auftraggeber, ohne daß dieser von der Besitzergreifung Kenntnis zu haben braucht.

6) Ich kehre jetzt zurück zu der Stelle aus den Sententiae des Paulus. Es ist sicherlich richtig, wenn Schloßmann den

1) Pandekten, Bd. 1, § 180, A. 7.

Procurator in dieser Stelle im gewöhnlichen Sinne nimmt, und zu sonstigen freien Personen in Gegensatz bringt. Dies erkennt auch Dernburg a. a. O. an.

Baron[1]) wendet hingegen ein:

„Aber warum sollte nicht Paulus bei Präcisierung der Ausnahme das einzige Erfordernis für ihre Geltung (den animus alieno nomine possidendi) zum Ausdruck bringen?"

Darnach hätte Paulus gesagt: durch eine freie Person, die für uns nicht erwerben will, erwerben wir zwar keinen Besitz, wohl aber durch solche freie Personen, welche diesen Willen haben. Ganz abgesehen von seiner Trivialität läßt sich indes ein solcher Gedanke mit den Worten des Paulus schlechterdings nicht in Einklang bringen. Paulus stellt es im allgemeinen als unmöglich hin, daß uns durch freie Personen erworben werde; unmöglich ist es aber nicht, daß freie Personen den Entschluß fassen, für uns zu erwerben; also sind auch diese freien Personen in der Unmöglichkeit jedenfalls mitinbegriffen, und vermutlich wird Paulus nur an diese gedacht haben.

Savigny[2]) verlegt den Gegensatz in die Worte nihil und possessionem: vom nihil soll die possessio eine Ausnahme machen. Dann sähe man nur nicht ein, warum in dem die Ausnahme enthaltenden Satze nicht ebenfalls per liberas personas gesagt wäre. Auch hätte in diesem Falle die Wortstellung eine andere sein müssen: da die Römer bekanntlich dasjenige Wort voranstellen, auf welches sie das Hauptgewicht gelegt wissen wollen; es hätte dann heißen müssen: sed possessionem adquiri nobis per liberas personas posse etc. Durch Currentschrift, wie Savigny sie beim Worte possessionem anwendet, läßt sich solcher Nachdruck nicht erreichen.

Den Schlußsatz versteht Savigny dahin: daß ein procurator omnium bonorum dem Vertretenen ohne Genehmigung

1) Kritische Vjahrschr. Bd. 23, S. 521, 522.
2) Rt. des Besitzes [7], S. 316 flg.

keinen Besitz selber verschaffen könne. Während also bis dahin per procuratorem für gleichbedeutend mit per liberas personas genommen wurde, kommt mit einem Male der procurator wieder zu besonderer Bedeutung.

Der procurator omnium bonorum im Savigny'schen Sinne ist ein beauftragter Procurator. Gegen die Unhaltbarkeit und Unbrauchbarkeit des Satzes, den wir auf diese Weise bekommen, hat sich bereits Bremer[1]) in eingehender Weise erklärt, ohne freilich unserer Stelle vollkommen gerecht zu werden.

7) Mit dem Procurator im gewöhnlichen Sinne sind andere Generalvertreter wie tutor und curator auf gleiche Stufe gestellt worden.

Paulus fr. 1 § 20 A. u. A. P. 41, 2.

Per procuratorem tutorem curatoremue possessio nobis adquiritur.

Neratius fr. 13 § 1 A. R. D. 41, 1.

Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo — — illis adquirit.

IV. Ist man dabei stehen geblieben, oder ist eine Rechtsänderung eingetreten? Eventuell wann wäre diese Rechtsänderung eingetreten?

Schloßmann hält an dieser Beschränkung der Stellvertretung noch für das Justinian'sche Recht fest. Das ist jedenfalls zu weit gegangen; und in dieser Beziehung haben sich Baron[2]), Mitteis[3]), Czyhlarz[4]), Eck[5]) und Dernburg[6]) mit Recht gegen Schloßmann erklärt.

Daß nach Justinian'schem Rechte Besitzerwerb durch jede freie Person gestattet war, wird durch die sogleich zu bespre-

1) Ztschr. für Civilrt. u. Proc. N. F. Bd. 11, S. 217 flg.
2) a. a. O. S. 522 flg.
3) Die Lehre von der Stellvertretung, S. 51 flg.
4) Grünhut's Zeitschrift, Bd. 10, S. 146.
5) Goldschmidt's Zeitschrift, Bd. 30, S. 291, 292.
6) Pand. Bd. 1 § 180.

chenden Stellen bewiesen. Außerdem mag aufmerksam gemacht werden auf

Theoph. 4, 15 § 5.

οὔτε τινὰ τὸν παραληψόμενον πέμψαι·

Nach Dernburg ließ man in der Kaiserzeit zunächst Besitzerwerb durch Procuratoren zu. In der späteren Kaiserzeit soll aber bereits von den Juristen Besitzerwerb durch freie Personen schlechthin anerkannt gewesen sein. Dernburg beruft sich hierfür auf c. 1 A. et R. P. 7, 32 und fr. 53 A. R. D. 41, 1.

Nach meinem Dafürhalten war man noch im Jahre 294 nicht über die gedachte Beschränkung hinausgekommen.

c. 8 A. et R. P. 7, 32 vom J. 294.

Per procuratorem utilitatis causa possessionem et, si proprietas ab hac separari non possit, dominium etiam quaeri placuit.

Das Justinian'sche Recht kennt allerdings den Besitzerwerb durch jede freie Person. Aber dieser Satz ist erst durch Interpolation entstanden.

Selbst mit dieser Abschwächung ist der Schloßmann'sche Satz für das Verständnis der Quellen von zu großer Tragweite, als daß ich mich der Aufgabe entziehen könnte, näher auf die Sache einzugehen. Ich will zu diesem Zwecke sämmtliche sechs Stellen, welche Schloßmann[1]) als die allgemeiner redenden zusammengestellt hat, und die ihm daher von seinem Standpuncte aus Schwierigkeiten machen, — darunter auch die beiden von Dernburg angeführten — einer näheren Prüfung unterziehen.

1. In § 5 per quas personas 2, 9 wird die Interpolation sicher gestellt durch Gai. 2, 95. Statt des excepto eo, quod per liberam personam ueluti per procuratorem etc. der Institutionen hat Gajus tantum de possessione quaeritur an pe(r procuratorem) nobis adquiratur.

2. Ulp. fr. 14 § 17 de furtis 47, 2.

si quidem dedi seruo eius, statim ipsi quaesita est

1) Besitzerwerb, S. 143, 144.

(epistula), cui misi: si uero procuratori, aeque (quia per liberam personam possessio quaeri potest) ipsius facta est.

Ulpian beschränkte sich auf den Procurator, während die Compilatoren per liberam personam hinein interpolierten.

3. Ulp. fr. 20 § 2 A. R. D. 41, 1.

Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.

Sejus und Titius haben eine Sache gekauft, Titius ist Procurator des Sejus, dem Titius wird die Sache eingehändigt für seine Person und als Procurator des Sejus, Titio et quasi meo procuratori: hier hat Titius als Procurator für den Sejus Besitz und Eigentum miterworben. Einer besondern Genehmigung von Seiten des Sejus bedurfte es in diesem Falle nicht; die lag schon darin, daß Sejus den Kauf selber mit abgeschlossen hatte.

Statt per liberam personam omnium rerum schrieb Ulpian per procuratorem omnium rerum. In der Justinian'schen Compilation bildet omnium rerum einen recht müssigen Zusatz zu possessionem.

Bei dieser Stelle taucht auch schon Schloßmann[1]) der Gedanke einer Interpolation auf; er hat ihn aber nicht weiter verfolgt.

4. Modestinus libro quarto decimo ad Quintum Mucium. fr. 53 A. R. D. 41, 1.

quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet uolentibus nobis possidere adquirimus.

Die Stelle benutzt Dernburg zum Beweise seiner Auffassung. Vermutlich hat ihn der Name Modestin verleitet. Allein Modestin hat gar keine Bücher zum Quintus Mucius geschrieben. Die Stelle wird von Pomponius herrühren[2]).

1) a. a. O. S. 146, Anm. 1.

2) Vgl. Schulting, notae, tom. 6, pag. 366, 367 und oben § 30, S. 146, Text bei Anm. 4.

Müſſen wir aber dies annehmen, ſo iſt damit die Interpolation feſtgeſtellt. Zur Zeit des Pomponius kann es einen ſo allgemeinen Satz, wie er uns hier entgegentritt, noch nicht gegeben haben; dies ergeben die Inſtitutionen des Gajus und die sententiae des Paulus.

Vom Standpunkte des Juſtinian'ſchen Rechtes beweiſt aber dieſe Stelle ganz ſchlagend: daß Beſitzerwerb durch jede freie Perſon geſtattet war. Was Schloßmann in dieſer Beziehung vorbringt, bedarf keiner Widerlegung.

5. c. 1 A. et R. P. 7, 32 vom Jahre 196.

Impp. Seuerus et Antoninus A. A. Attico.

Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem, et postquam scientia interuenerit, usucapionis condicionem inchoari posse tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est.

Dies iſt die zweite Dernburg'ſche Beweisſtelle. Auch ihr gegenüber dürfte es nicht ſchwer ſein, den Nachweis einer Interpolation zu führen.

Der Satz, daß auch einem Nichtwiſſenden Beſitz erworben werde, wird in folgenden Stellen nur mit dem Procurator bezw. Vormund in Verbindung gebracht.

Neratius, libro sexto regularum, fr. 13 § 1 A. R. D.

Papinianus, libro secundo definitionum, fr. 49 § 2 A. u. A. P. 41, 2.

Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio uero scienti competit.

Ulpianus, libro quarto regularum, fr. 42 § 1 eodem.

Ulpianus, libro septimo disputationum, fr. 34 § 1 eodem.

Paulus, libro uicensimo quarto ad edictum, fr. 23 N. G. 3, 5.

Paulus, libro tertio ad Neratium, fr. 47 de usurp. 41, 3.

Von dieſen Stellen iſt die dem 7ten Buche der Ulpian'ſchen Disputationen entnommene mit ziemlicher Sicherheit nach 196 zu ſetzen: denn im 6ten und 8ten Buche dieſer Disputa-

tionen kommt Severus bereits als Diuus vor [1]). Wenn wir aber noch nach dem Tode von Severus den in Frage stehenden Satz auf den Procurator beschränkt finden, so kann nicht bereits in einem Gesetze vom Jahre 196 per liberam personam gestanden haben.

Die andern fünf Stellen, abgesehen von der des Neratius, gestatten in dieser Beziehung keine nähere Zeitbestimmung: sie müssen aber ungefähr um dieselbe Zeit wie die Constitution des Severus entstanden sein.

Wenn aber noch um dieselbe Zeit die Aussprüche der römischen Rechtsgelehrten sich nur um den Procurator herum bewegen, so kann derselbe Satz nicht schon längst von jeder freien Person gegolten haben.

Ferner steht das per liberam personam unserer Constitution im Widerspruch mit Paulus sent. 5, 2 § 2: denn hier ist ja ausdrücklich gesagt, daß nicht per liberas personas, sondern nur per procuratorem Besitz erworben werden könne. Nun nimmt man an, daß die sententiae des Paulus nicht vor 206 verfaßt worden [2]): weil in zwei Stellen des zweiten Buches [3]) der Satz angewandt wird, daß eine Schenkung unter Ehegatten durch den Tod des Schenkers Gültigkeit erlange.

Schloßmann [4]), dem dieses Zeitverhältnis Schwierigkeiten bereitet, sucht sich dadurch zu helfen, daß er das fünfte Buch für jünger erklärt, als das zweite. Das wäre freilich ein sehr verzweifelter Ausweg. Vielleicht könnte man hier aber Schloßmann zu Hülfe kommen.

Ich halte es nämlich durch die beiden angeführten Stellen keineswegs für erwiesen, daß die sententiae des Paulus nicht vor 206 entstanden sein könnten. Nach meinem Dafürhalten sind mit Puchta [5]) zwei orationes zu unterscheiden: eine des Severus und eine des Antoninus Caracalla. Die letztere vom

1) Fitting, Alter, S. 37.
2) Fitting, a. a. O. S. 48; Huschke, Jurispr. anteiust.[4], pag. 435.
3) Sent. 2, 23 § 5 und fr. 59 de don. i. u. et ux. 24, 1.
4) Besitzerwerb, S. 189.
5) Rheinisches Museum, Bd. 6, S. 383 flg.

Jahre 206 umfaßte allgemein die Schenkungen unter Ehegatten einschließlich der Schenkungsversprechen [1]). Die erstere hingegen bezog sich nur auf Schenkungen des Mannes, auf Schenkungen von Sachen, und zwar solchen Sachen, welche für die Frau angeschafft waren. Betrachten wir uns nun die beiden Stellen aus den sententiae des Paulus, so stoßen wir hier ebenfalls auf Schenkungen des Ehemannes, und zwar auf hingegebene Sachen. Die sententiae des Paulus könnten mithin sehr füglich vor dem Jahre 206 geschrieben sein.

Ich unterlasse es, diesen Punkt hier weiter auszuführen, weil er für mich nicht von durchschlagender Bedeutung ist. Um die Zeit unserer Constitution werden die sententiae jedenfalls geschrieben sein. Wenn aber nach den sententiae ein Besitzerwerb durch freie Personen im allgemeinen ausgeschlossen war, so kann eine um diese Zeit erlassene Constitution nicht schon den Satz enthalten haben: daß dies bereits längst feststand.

Freilich giebt es auch eine Lesart prudentia statt pridem. Aber selbst wenn man diese Lesart zu Grunde legen wollte, käme man noch nicht viel weiter. Auch ohne pridem reicht das receptum est allein schon hin, um den Inhalt der Constitution, wie er in der Justinian'schen Compilation gestaltet worden, mit sonstiger Ueberlieferung in Gegensatz zu bringen. Dagegen steht alles in Einklang, sobald wir per liberam personam durch per procuratorem ersetzen. Zu Neratius' Zeiten stand es beinahe schon fest, daß auch einem Nichtwissenden durch einen Procurator Besitz erworben werde: also konnte der Satz im Jahre 196 füglich anerkannt, längst anerkannt sein.

Die Annahme einer Interpolation in der hier erörterten Codexstelle gewinnt endlich noch einen weiteren Stützpunkt durch die jetzt zu betrachtende Stelle.

---

1) fr. 32 § 1 de don. i. u. et ux. 24, 1. non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a uiro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter uirum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius cui donatae sunt et obligatio sit ciuilis.

6. Ulpianus, libro uicensimo octauo ad edictum, fr. 11 § 6 de pign. act. 13. 7.

Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiritur, adeo ut ne per procuratorem [plerumque] uel tutorem adquiratur: et ideo ipsi actione pigneraticia conuenientur. sed nec mutat, quod constitutum est ab imperatore nostro posse per liberam personam possessionem adquiri: nam hoc eo pertinebit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem uel tutorem adprehendere, ipsam autem obligationem libera persona nobis non [semper] adquiret.

Die Wörter plerumque und semper habe ich gleich eingeklammert, weil dies als solche längst erkannte Interpolationen sind[1]), vorgenommen auf Grund von c. 3 (2) Per quas personas 4, 27. Die Thatsache, daß hier nicht der unverfälschte Ulpian vorliegt, steht also schon fest. Und diese Thatsache dürfte wohl geeignet sein, uns auch wegen des übrigen Inhalts zur Vorsicht zu mahnen.

Das constitutum est unserer Stelle wird gewöhnlich[2]) in Verbindung gebracht mit der eben besprochenen c. 1 A. et R. P. der Kaiser Severus und Antoninus vom Jahre 196[3]). Fitting[4]) hat in dieser Beziehung neuerdings Bedenken geäußert: weil unter dem imperator noster nur Caracalla verstanden werden könne, und nicht anzunehmen sei, daß Ulpian als Urheber einer unter Severus und Caracalla ergangenen

1) Vgl. z. B. Mühlenbruch, Cession[2], S. 90, Anm. 190, und die dort angeführten Schriftsteller.

2) Vgl. Dernburg, Pfdrt., Bd. 1, S. 205; Schloßmann a. a. O. S. 145.

3) Bei dieser Gelegenheit mag daran erinnert werden, daß die Inscriptionen des Justinian'schen Codex den Caracalla durchgängig von 196 an als Augustus behandeln. Vgl. Mommsen, röm. Staatsrecht, Bd. 2, S. 1061, Anm. 4. Man kann daher zweifelhaft werden: ob Severus wirklich bis 198 allein regierte, oder vielleicht nur bis 196. Vgl. Krueger, große Codexausgabe, Index constitutionum, pag. 2, u. 1.

4) Alter, S. 84, Anm. 53.

Verordnung allein den letzteren genannt haben sollte. Mir scheint das zweite eine etwas zu weit getriebene Genauigkeit zu sein, und das erstere gar nicht einmal festzustehen.

Der Ulpian'sche Edictskommentar bietet in Bezug auf die Kaiserbenennung überhaupt viele Unregelmäßigkeiten dar, die Mommsen[1]) zu der Annahme bewogen haben: daß dieses Werk um das Jahr 212 zwar zum Abschluß gebracht, zum großen Teil aber bereits vor dem Tode des Severus ausgearbeitet worden; und daß von der ursprünglich befolgten, für die Zeit der Herausgabe aber nicht mehr passenden Titulatur einzelne Reste stehen geblieben seien. Mommsen führt aus den ersten 35 Büchern nicht weniger als elf Stellen an, wo Severus mit vorgesetztem imperator bezeichnet werde. Warum könnte also nicht auch der imperator unserer Stelle als solcher Ueberrest aufzufassen, und diese Bezeichnung von Severus zu verstehen sein?

Andererseits sieht man nicht ein: warum in einem Werke das bei gemeinschaftlichen Erlassen den Sohn häufig genug an erster Stelle als imperator aufführt, der Sohn nicht auch einmal allein genannt werden sollte. Und liefert hierfür nicht schon ein Beispiel die oratio imperatoris nostri in fr. 3 pr. und fr. 32 § 1 de don. i. u. et ux. 24, 1?

Endlich wäre zu bedenken: daß die Bezeichnung „unser Kaiser" sehr wohl in mehr unbestimmter Weise, mag man dabei an den einen oder den andern denken, gebraucht sein könnte; daß dieser Annahme ein Werk, welches bald den Severus, bald den Antoninus, und zwar von verschiedenen Standpunkten aus, als imperator bringt, jedenfalls kein ernstliches Hindernis bereiten kann; und daß auch von diesem Standpunkte aus der imperator noster sich sehr füglich zu einer gemeinschaftlichen Verordnung in Beziehung setzen läßt.

Damit dürften die Bedenken Fitting's ihre Erledigung gefunden haben: und wir werden bei der Annahme, daß das constitutum est unserer Stelle auf c. 1 A. et R. P. zu be-

1) Ztschr. für Rtsgesch. Bd. 9, S. 101, 102.

ziehen sei, um so eher stehen bleiben können, als Fitting es an jeglichem Hinweise hat fehlen lassen, mit welcher Constitution wir es denn sonst verbinden könnten.

Nach diesen Vorbemerkungen wende ich mich zum Inhalte der Stelle. Wir haben zu unterscheiden den Ulpian'schen Gedanken und die Auffassung der Compilatoren.

Ulpian wendet den Satz, daß uns durch Freie nicht erworben werde, auf die Pfandobligation an: dieser Satz gelte hier selbst für den Procurator und sonstigen Generalvertreter, z. B. den Vormund. Freie Person und Procurator werden also wiederum einander gegenübergestellt.

Schloßmann[1]) meint diesen und den andern Stellen gegenüber: libera persona werde durch procurator erklärt. Damit giebt Schloßmann, genau genommen, den Grundgedanken wieder preis, wie er ihn bei Paulus sent. 5, 2 § 2 zur Anwendung gebracht hat. Procurator steht im Anfang unserer Stelle gerade so gut zur libera persona in Gegensatz wie bei Paulus.

Daraus, daß die Pfandobligation nicht durch dritte erworben werde, folgert Ulpian weiter: daß diejenigen, welche das Pfand entgegengenommen haben, selber mit der pigneraticia actio belangt werden müßten. Dies können wir im Sinne Ulpian's etwa so begründen: wie die Berechtigung bei dem bleibt, welcher die Obligation abgeschlossen hat, so kann auch nur dieser der Verpflichtete sein.

Der in dieser Schärfe ausgesprochene Satz, daß nicht einmal durch einen Procurator eine Pfandobligation erworben werde, ruft bei Ulpian einen Einwand hervor, entnommen der uns in c. 1 A. et R. P. überlieferten Constitution. Er beseitigt diesen Einwand durch die Bemerkung: dieses Gesetz gestatte zwar dem Procurator oder Vormund an einer Sache, die uns bereits verpfändet war, Besitz zu ergreifen, die Obligation selber könne aber eine freie Person nicht für uns erwerben.

Ulpian unterscheidet also zwischen dem Faustpfande und

1) Besitzerwerb, S. 145.

dem durch einfachen Vertrag entstehenden Pfande [1]). Hat jemand sich bereits eine Sache durch einfachen Vertrag verpfänden lassen, so kann der Procurator hingehen und den Pfandbesitz für den Herrn erwerben. Nimmt aber ein Procurator ein Faustpfand entgegen, so erwirbt er nur sich Obligation wie Besitz.

Beim Faustpfande treffen Besitzerwerb und Entstehung der Obligation zusammen. Anlangend den Erwerb durch dritte gelten für den Besitzerwerb andere Grundsätze als für die Entstehung der Obligation. Beim Faustpfande sollen nun in dieser Beziehung nicht die Grundsätze für den Besitzerwerb, sondern die Grundsätze für Entstehung der Obligationen die maßgebenden sein.

Die Art und Weise, wie Ulpian dem von der Constitution hergenommenen Einwande begegnet, nam hoc eo pertinebit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem uel tutorem adprehendere, weist darauf hin, daß Ulpian unmöglich ein Gesetz vorgelegen haben konnte, welches mit per liberam personam einsetzte; sondern daß dieses Gesetz auf per procuratorem uel tutorem, oder vielleicht bloß auf per procuratorem gelautet haben muß. Steht aber dieses fest, so muß das vorhergehende per liberam possessionem von den Compilatoren stammen; Ulpian wird geschrieben haben: constitutum est ab imperatore nostro posse per procuratorem (uel tutorem) possessionem adquiri.

Durch Annahme dieser Interpolation erhalten wir nicht bloß für den ganzen § 6 einen vollständig zusammenhängenden Gedanken; es wird dadurch auch ein enger Anschluß an den folgenden § 7 erreicht, wo Ulpian gleich wieder einsetzt: Sed si procurator meus uel tutor rem pignori dederit.

Ich gehe jetzt über zur Auffassung der Compilatoren, auch in dieser Beziehung ist die Stelle für uns lehrreich. Da die Compilatoren in c. 1 A. et R. P. 7, 32 per liberam personam in den Text gesetzt hatten, mußten sie auch beim con-

1) Vgl. Ulp. fr. 1 pr. de pign. act. 13, 7. Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conuentione.

stitutum est unserer Stelle ebenso verfahren. Außerdem sind von ihnen noch zwei Wörter, plerumque und semper eingeschoben. Hiermit hat es folgende Bewandtnis.

Die Ansicht Ulpian's: daß ein Pfandvertrag durch freie Vertreter nicht begründet werden könne, und daß selbst ein Procurator nur dann im Stande sei, Pfandbesitz zu erwerben, wenn der Gläubiger zuvor den Pfandvertrag abgeschlossen hatte — mußte da zu einem Zwiespalte eigentümlicher Art führen, wo ausnahmsweise bei Begründung von Obligationen die Stellvertretung gestattet war. Dieser Fall lag beim Darlehn vor. Hier hatte schon das klassische Recht, als Ausnahme von der Regel [1]), den Satz: wird ein Darlehn im Namen eines dritten hingegeben, so erwirbt der dritte die Darlehnsforderung [2]). Diesen Zwiespalt suchte Justinian durch ein Gesetz zu beseitigen. Auf Grund dieses Gesetzes ist unsere Stelle ebenfalls interpoliert worden, und mit diesem Gesetze müssen wir uns jetzt näher beschäftigen.

c. 3 Per quas personas 4, 27 aus dem J. 530.

Cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, adquiritur ei cuius nomine pecunia credita est per huiusmodi numerationem condictio, non autem hypotheca uel pignus, quae procuratori data uel supposita sunt, dominis contractus adquiritur, talem differentiam expellentes sancimus et condictionem et hypothecariam actionem uel pignus ipso iure et sine aliqua cessione ad dominum contractus peruenire. Si enim procuratori necessitas legibus imposita est domino contractus cedere actionem, quare non ab initio quemadmodum in personali actione cessio superuacua uidebatur, non etiam in hypothecis et pignoribus simili modo dominus

1) Africanus fr. 34 Mand. 17, 1. Benigne receptum est. Ulp. fr. 15 R. C. 12, 1. Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam.

2) Vgl. noch Paulus fr. 2 § 4 R. C. 12, 1; Ulp. fr. 9 § 8 eodem; Paulus fr. 126 § 2 V. O. 45, 1; Scaevola fr. 35 § 2 de don. 39, 5, und zu diesen Stellen Jhering in seinen Jahrbüchern, Bd. 2, S. 99 flg.

contractus habeat hypothecariam actionem seu pignoris uinculum uel retentionem sibi adquisitam?

Bemerkenswert ist bei diesem Gesetze, daß Justinian anlangend das Pfandrecht nicht über den procurator hinausgeht, während doch beim Darlehen die Stellvertretung jeder freien Person gestattet ist. Und zwar verfuhr man hier mit einer großen Leichtigkeit. Selbst wenn ein einfacher negotiorum gestor für einen andern ein Darlehn hingab, und dieser seine Genehmigung versagte; erwarb gleichwohl der andere formell die mutui condictio, während dem negotiorum gestor nötigenfalls mit utilis actio geholfen werden mußte [1]).

Jhering [2]) behauptet freilich, daß das Pfandrecht ganz in gleicher Weise wie die Darlehnsforderung behandelt worden; und derselben Auffassung begegnet man bei Albert Schmid [3]). Dann müßte man schon annehmen, daß procurator und libera persona identisch sei. Dagegen sprechen aber gewichtige Gründe. Die gewöhnliche Bedeutung von Procurator ist Generalvertreter. Diese Bedeutung hat es namentlich im Gegensatz zur libera persona; und dieser Gegensatz macht sich gerade beim Besitzerwerbe geltend. Diese Bedeutung werden wir also auch hier zu Grunde legen müssen, zumal der Wechsel im Ausdruck sonst unerklärt bliebe, und die Compilatoren Justinian jedenfalls so verstanden haben.

Das letztere wird bewiesen durch die Art und Weise, wie sie in fr. 11 § 6 de pign. act. interpolierten; und jetzt kehre ich wieder zu dieser Stelle zurück.

Ne per procuratorem plerumque . . . adquiratur heißt es hier. Der procurator bildet den Gegensatz zu libera persona, und von diesem engeren Begriffe procurator soll das Gesagte nur plerumque gelten. Dieses plerumque weist auf die Darlehensforderung hin; ebenso wie auch das später interpolierte semper. In diesem Falle kann also ein procurator

1) c. 4 Si certum petatur 4, 2.
2) Jahrbücher, Bd. 2, S. 108.
3) Cession, Bd. 1, S. 429.

im obigen beschränkten Sinne ein Pfand zu der Wirkung annehmen, daß der Vertreter unmittelbar Pfandrecht und Pfandbesitz erwirbt.

Wie mag sich nun diese auffallende Erscheinung erklären? Eine Darlehensforderung kann durch jeden beliebigen erworben werden, selbst einen einfachen negotiorum gestor; Pfandrecht und Pfandbesitz für diese Darlehensforderung aber nur durch einen Generalvertreter. Da bleibt ja doch noch einiger Unterschied übrig, warum ging Justinian nicht weiter? Es hat fast den Anschein, als ob der codex vom Jahre 529 die Interpolation per liberam personam, mit welcher der neue codex in c. 1 A. et R. P. einsetzt, noch gar nicht enthalten habe.

Will man dieses nicht annehmen, so wird man doch zugeben müssen: daß die Streitfrage, welche Justinian entscheidet, nur den Procurator zum Gegenstande hat. Und selbst von diesem Standpunkte aus wird durch dieses Gesetz bewiesen: daß noch Jahrhunderte lang nach Ulpian Besitzerwerb nicht durch jede freie Person, sondern nur durch den Procurator und sonstige Generalvertreter gestattet gewesen sein kann.

Auf alle Fälle ist der Pfandbesitz beim Darlehn in alter wie neuer Zeit einen Schritt hinter der allgemeinen Behandlungsweise zurückgeblieben. Als der Besitzerwerb durch einen Procurator schon feststand, schloß man ihn hier noch aus; und als man überhaupt durch jede freie Person den Besitzerwerb im allgemeinen gestattete, blieb man hier wieder beim Procurator stehen.

Mit diesem Zurückbleiben des Pfandbesitzes steht es auch in Verbindung, daß bei Herausgabe eines Erbvermächtnisses für die vom Erben erworbenen Pfandklagen besondere Cessionen nötig waren, während die mitvererbte Darlehensforderung dessen nicht bedurfte und Constitut wie fideiussio ebenfalls anders behandelt wurden [1]).

1) Maecianus fr. 75 pr. ad S. C. Treb. 36, 1; fr. 22 de const. pec. 13, 5; fr. 21 pr. de fidei. 46, 1. Vgl. dazu Albert Schmid, Cession, Bd. 1, S. 466 flg., dem ich aber darin nicht beistimme, daß die Mäcian'sche Stelle zum Justinian'schen Rechte nicht mehr passe.

So tragen denn alle ſechs Stellen, welche Schloßmann als die allgemeiner redenden zuſammengeſtellt hat, mehr oder weniger deutliche Spuren einer Interpolation an ſich.

Aber auch ſonſt noch laſſen ſich ſolche Interpolationen nachweiſen. So iſt z. B. in c. 1 per quas personas 4, 27 per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita ſtatt per procuratorem interpoliert. Denn gleich darauf heißt es si igitur procurator; und ebenſo in der hiermit zu verbindenden c. 9 Mand. 4, 35 cum per procuratorem.

Ferner iſt interpoliert bei

Ulp. fr. 2 A. u. A. P. 41, 2.

Sed hoc iure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint idque eis et per seruum et per liberam personam adquiratur.

Denn noch zu Paulus', alſo auch zu Ulpian's Zeiten war es zweifelhaft, wie wir aus fr. 1 § 22 eodem erſehen, ob Gemeinden durch Sklaven Peculienbeſitz erwürben. Außerdem iſt ſchon das ohne alle Beziehung daſtehende idque an ſich ſehr verdächtig.

Das Ergebnis, zu dem wir gelangt ſind, können wir kurz ſo zuſammenſtellen.

Noch zu Neratius' und Gajus' Zeiten war es zweifelhaft, ob durch einen Procurator Beſitz erworben werden könne. Unter Procurator haben wir mit Schloßmann einen Generalvertreter, einen „Mann für alles" zu verſtehen. Zu Zeiten von Paulus ſtand der Beſitzerwerb durch einen Procurator dann feſt. Weiter war man aber auch im Jahre 294 noch nicht gekommen. Der Satz, daß Beſitz nicht bloß durch einen Procurator, ſondern auch durch jede freie Perſon erworben werden könne, iſt erſt durch Interpolation in die Juſtinian'ſche Geſetzgebung hineinverarbeitet worden. Gleich die Eingänge der Codextitel de adquirenda et retinenda possessione und per quas personas nobis adquiritur weiſen durch ihr per liberam personam auf dieſe wichtige Neuerung hin[1]); es hat

1) Daß im Eingange eines Titels auf ſolche wichtige Neuerungen durch

aber fast den Anschein, als ob der alte Codex vom Jahre 529 diese Interpolation noch nicht enthalten hätte.

§ 36. Fortsetzung.

Ich kann mich jetzt wieder zu unserm fr. 19 pr. von Marcell wenden. Ich sagte, daß bei dieser Stelle aus zwei Gründen an kein constitutum possessorium zu denken sei. Einerseits ist das constitutum possessorium ein Fall des Besitzerwerbes, von Besitzerwerb ist aber in der Stelle mit keiner Silbe die Rede. Der andere Grund wird uns aus der Untersuchung des vorigen Paragraphen klar geworden sein. Wenn noch zu Paulus' Zeiten ein Besitzerwerb nur durch einen Procurator möglich war, so galt dies um so mehr für Marcellus. Das constitutum possessorium ist ein Besitzerwerb durch Stellvertreter. War nun zu Marcellus' Zeiten ein Besitzerwerb bloß durch einen Procurator möglich, so kann auch darüber hinaus kein constitutum possessorium zulässig gewesen sein. Wir müßten also schon, um die Beziehung auf ein constitutum possessorium aufrecht zu erhalten, in unsere Stelle den Procurator hineintragen: wozu es doch an jedem Anhalte fehlt.

Eine andere hierher gehörende Stelle ist

Tertullianus fr. 28 A. u. A. P. 41, 2.

> Si aliquam rem possideam et eandem postea conducam, an amittam possessionem? multum refert in his, quid agatur: primum enim refert, utrum sciam me possidere an ignorem: et utrum quasi non meam rem conducam an quasi meam: et sciens meam esse, utrum quasi proprietatis respectu an possessionis tantum.

Tertullian beantwortet die Frage, ob durch Mieten einer Sache, die ich besitze, der Besitz verloren gehe, mit Unterscheidungen.

Zunächst kommt es darauf an, ob ich von meinem Besitze Kenntnis habe oder nicht. Habe ich gar keine Kenntnis von

Interpolationen aufmerksam gemacht wird, kommt ja auch sonst vor. Vgl. z. B. Ulp. fr. 1 Leg. 1. Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis.

meinem Besitze, z. B. ein Generalbevollmächtigter hatte für mich bereits Besitz erworben, ohne mir hiervon Mitteilung zu machen, so kann ich auch nicht die Absicht gehabt haben, auf meinen Besitz zu verzichten [1]).

Es bleiben also nur die Fälle übrig, wo ich von meinem Besitze unterrichtet bin. Hier macht es nun wieder einen Unterschied, ob die Sache mir gehört oder nicht. Gehört mir die Sache, so kommt im allgemeinen die Regel zur Anwendung: locatio rei suae consistere non potest [2]). Und wenn das Mittel versagt, kann auch der beabsichtigte Zweck nicht erreicht sein: also kein Besitzesverlust.

Mitunter freilich hat das Mieten einer eigenen Sache seine guten Gründe: wenn es nämlich erfolgt, nicht in Anbetracht der Eigentumsrechte, die der Mieter dem Vermieter zuschreibt, sondern aus Rücksicht auf den Besitz. Der Eigentümer hat z. B. den Nichteigentümer gewaltsam mit Waffen vertrieben. Der Nichteigentümer ist mithin in der Lage, dem Eigentümer jeden Augenblick wiederum seinen Besitz zu entziehen. Um dies zu vermeiden und um sich die Rolle des Beklagten im Eigentumsstreite zu sichern [3]), mietet der Eigentümer dem Nichteigentümer seine Besitzesansprüche ab. Hier kann natürlich von einem Verluste des Besitzes ebenfalls keine Rede sein.

Das Mieten einer Sache, die ich besitze, hat also nur dann Besitzesverlust zur Folge: wenn ich meinen Besitz kenne und eine fremde Sache besitze.

Eine dritte hierher gehörende Stelle, die uns in einem andern Zusammenhange schon einmal beschäftigte [4]), ist

Papinian. fr. 44 § 2 A. u. A. P. 41, 2.

cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti uel animo uel etiam cor-

1) Vgl. c. 23 de locato 4, 65.

2) fr. 45 pr. R. J. 50, 17.

3) Vgl. fr. 1 § 3 Uti possidetis 43, 17.

4) Siehe oben § 18.

pore, si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus: eius uero quod serui uel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset.

Papinian ſpricht hier von dem freiwilligen Beſitzesverluſt bei Grundſtücken. Befindet ſich der Beſitzer auf dem Grundſtücke, ſo kann der Beſitz auf zweierlei Weiſe verloren werden: der Beſitzer erklärt ſeinen desfallſigen Willen, während er auf dem Grundſtücke verbleibt, oder indem er gleichzeitig das Grundſtück verläßt. Im einen Falle haben wir die Einräumung leeren Beſitzes, im andern Falle Beſitzesverluſt durch bloßen Willen.

Ein Beſitzesverluſt durch bloßen Willen iſt aber da gar nicht möglich, wo der Beſitz körperlich durch einen Vertreter ausgeübt wird. Hier bleiben wir auf die Einräumung leeren Beſitzes angewieſen, und der mit dieſer verbundene Beſitzesverluſt tritt nur ein bei entſprechendem Beſitzeserwerb durch den, zu deſſen Gunſten die Einräumung erfolgte [1]).

§ 37. Schluß.

Wir ſind im Bisherigen bemüht geweſen, Anwendungsfälle für den Beſitzesverluſt durch bloßen Willen zu finden; wir überzeugten uns davon, daß es ſich hier keineswegs um einen Monolog handele, den der Beſitzer auf ſeinem Grundſtücke hält: die Erklärung iſt vielmehr an einen andern gerichtet, zu deſſen Gunſten ſie erfolgt; es iſt eine ähnliche Erklärung, wie ſie bei der Einräumung leeren Beſitzes vorliegt, und der Unterſchied in beiden Fällen nur der, daß der Beſitzer das eine Mal das Grundſtück verläßt, das andere Mal auf demſelben bleibt.

Dieſer Auffaſſung des Beſitzverluſtes durch bloßen Willen ſcheinen ſich zwei Bedenken entgegenzuſtellen.

Was hat denn ein ſolcher Beſitzesverluſt für Nutzen? Kann er nicht jeden Augenblick wieder zurückgenommen werden?

---

1) Siehe unten § 54, No. 3.

Allerdings kann der Pächter den Verpächter an der Besitzergreifung gewaltsam hindern und insofern wieder Besitz erlangen. Im übrigen stehen aber dem Rückerwerbe des Besitzes zwei Regeln im Wege, die uns später noch näher beschäftigen werden: niemand darf sich selbst seinen Besitzgrund ändern [1]); ferner: an Grundstücken ist keine Unterschlagung möglich [2]).

Ein anderes Bedenken wäre dieses.

Wenn die auf Besitzverlust gerichtete Erklärung kein Monolog ist, sondern an einen andern gerichtet war: warum hat man dann nicht den Besitzverlust auf der einen Seite von dem Besitzerwerbe auf der andern Seite abhängig gemacht?

Darauf ist zu erwidern: daß das Inbeziehungsetzen von Besitzverlust zu Besitzerwerb sich bei den Römern nur auf einem beschränkten Gebiete vollzogen hat; im allgemeinen ist noch für das Justinian'sche Recht das ridiculum est des Celsus maßgebend, wovon schon die Rede war [3]).

Wir waren ferner bemüht, das Gebiet dieses Besitzesverlustes näher zu begrenzen. Allem Anscheine nach haben die Römer einen Besitzesverlust durch bloßen Willen nur bei Grundstücken zugelassen; und hier ist dieser Besitzesverlust wieder ausgeschlossen, wenn der Besitz durch einen Vertreter körperlich ausgeübt wird.

Eine genauere Abgrenzung soll in einem andern Zusammenhange versucht werden [4]). An dieser Stelle wären aber noch ein paar Stellen zu besprechen, die man mit Unrecht auf diesen Besitzesverlust bezogen hat, oder vielleicht versucht sein könnte, hierher zu ziehen.

Von fr. 30 § 4 A. u. A. P. war bereits die Rede [5]).

Eine andere Stelle, welche eine Erörterung erheischt, ist Paulus fr. 1 § 4 A. u. A. P.

---

1) Siehe unten § 40.
2) Siehe unten § 41.
3) Siehe oben § 19, S. 82 flg.
4) Siehe unten § 50.
5) Vgl. oben § 34, S. 204.

Si uir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure ciuili non potest: et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

Es handelt sich hier um die Frage: ob eine von ihrem Ehemanne beschenkte Frau Besitz erwerbe. In dieser Beziehung ist nun allerdings die Rede von einem „ubi noluit possidere". Allein der Fall liegt doch so, daß die Frau die Sache bereits körperlich innehatte: mit Bezug hierauf wird von einer res facti gesprochen. Es steht also nicht ein Besitzesverlust durch bloßen Willen, sondern durch Willen und Aufgabe des körperlichen Verhältnisses in Frage.

Der Besitzerwerb von Seiten der Frau wird von Paulus darauf gestützt, daß der Mann auf alle Fälle seinen Besitz verliere, weil er ihn nicht haben wolle. Und von diesem Gesichtspunkte aus erklärt es sich, wenn Paulus beim Verluste lediglich das Willensmerkmal hervorhebt.

Bekker[1]) nennt die Begründung recht schwach und giebt sie für eine dem Paulus eigentümliche aus. Es handelt sich hier aber wiederum um jene römische Grundanschauung, die im ridiculum est des Celsus einen bezeichnenden Ausdruck gefunden.

Mehr Schwierigkeiten bereitet

Ulpianus fr. 17 § 1 A. u. A. P. 41, 2.

Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilo minus eius manet, qui dominus esse non uult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. si quis igitur ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere.

Die Stelle hat verschiedene Deutungen erfahren. Meistens freilich ist ihr das Schicksal zu Teil geworden, daß die Schriftsteller derselben scheu aus dem Wege gegangen sind.

1) Recht des Besitzes, S. 96.

Bekker[1]) kommt wieder mit seiner Dereliction, was natürlich unzulässig.

Lenel[2]) denkt an den Satz, daß die bloße Tradition von res mancipi nicht im Stande sei, Eigentum zu übertragen. Ferner erinnert er daran, daß Ulpian im 76ten Buche seines Edictscommentares, dem diese Stelle entnommen, nur von Einreden handle, unter andern auch von der exceptio rei litigiosae; daß diese Einrede auch demjenigen entgegenstand, der ein streitiges Grundstück wissentlich vom Nichtbesitzer durch Mancipation erworben hatte: und glaubt damit wenigstens den ursprünglichen Ort dieser Stelle gefunden zu haben. Ich fürchte, wir sind auf diese Weise vom rechten Wege recht weit abgekommen.

Nach meinem Dafürhalten hat bereits Schulin[3]) den Zusammenhang ganz richtig erkannt, in den dieser Ausspruch Ulpian's gestellt werden muß.

Nach dem Schlußsatze hört auf zu besitzen, wer Besitz tradiert, der ihm wieder zurückgegeben werden soll. Eine Vergleichung und Unterscheidung ist nur da möglich, wo gemeinsame Merkmale vorhanden sind. Wollen wir nun diesen Fall des Besitzesverlustes dem Eigentumsverluste gegenüberstellen, so werden wir ebenfalls nur an die durch Tradition beabsichtigte Eigentumsübertragung denken können. Das gäbe zunächst folgende Nebeneinanderstellung.

Wenn jemand Besitz überträgt, der ihm zurückgegeben werden soll, so verliert er den Besitz. Wenn jemand Eigentum überträgt, das ihm zurückgegeben werden soll, so — verliert er doch auch wohl sein Eigentum. Das war zu Ulpian's Zeiten ebenfalls schon Rechtens: darin kann also die Unterscheidung nicht zu suchen sein. Wir sehen: die zunächst gebotene Nebeneinanderstellung paßt nicht; und darin besteht eben die Schwierigkeit der Stelle.

---

1) Recht des Besitzes, S. 115 flg.
2) Ihering's Jahrbücher, Bd. 19, S. 172.
3) Resolutivbedingungen, S. 195 flg.

Es ist indes vielleicht noch eine andere Vergleichung möglich, indem wir die gemeinsamen Merkmale, Aufgebenwollen durch Tradition und Wiederhabenwollen für Besitz wie Eigentum beibehalten.

Zu Ulpian's Zeiten war eine durch einen Endtermin begrenzte Eigentumsübertragung nicht möglich, und zwar war eine solche Eigentumsübertragung nichtig [1]). Zu einer Besitzesübertragung scheint freilich ein Endtermin noch weniger passen zu wollen. Hier liegt die Sache aber doch ein wenig anders. Denn da beim Besitz von Alters her das körperliche Verhältnis überwog, so kommt man hier zu folgendem Ergebnis: wer einmal körperlich die Sache innehat, der bleibt Besitzer auch trotz des Endtermines; das bloße Eintreten eines Endtermines ist im allgemeinen nicht im Stande, einen Besitzesverlust herbeizuführen. Andererseits hatte ja aber der frühere Besitzer nur bis zum Endtermine Besitz übertragen wollen, wie kommt der nun wieder zu seinem Besitze? Es bleibt nichts anderes übrig, als eine persönliche Verpflichtung zur Zurückgabe des Besitzes anzunehmen.

Diesem Gedanken hätte Ulpian Ausdruck verleihen können und diesen Gedanken erhalten wir der Hauptsache nach, wenn wir nur den in c. 2 de don. quae sub modo 8, 54 nachweisbar gestrichenen Satz „cum ad tempus proprietas transferri nequiuerit" unserer Stelle voransetzen. Freilich erscheint der Schlußsatz dann immer noch nicht als notwendige Folge des Vordersatzes; es sind vielmehr noch weitere Ergänzungen erforderlich. Ulpian könnte etwa geschrieben haben: si quis igitur ea mente rem tradidit, ut post tempus ad eum rediret, dominus nihilominus manet, sed desinit possidere et similis est ei, qui ita possessionem tradidit, ut postea ei restituatur.

---

1) Fr. Vat. 283. donatio inrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiuerit. Scholion des Stephanus zu Bas. 16, 1, 4. ἐπειδὴ πρόσκαιρος μὲν οὐκ ἔῤῥωται δεσποτεία. Heimbach, Tom. 2, pag. 180; Zachariae, pag. 63. Vgl. Degenkolb, Platzrecht, S. 155.

Diese Ergänzungen machen vielleicht einen etwas willkürlichen Eindruck. Allein der Satz differentia u. s. w. in dieser Allgemeinheit ist unrichtig. Wir müssen also nach einem besondern Anwendungsfalle suchen. Durch den Schlußsatz werden wir auf die Tradition hingewiesen; und da bleibt nichts anderes übrig, als der Endtermin. Dies paßt auch insofern wieder ganz gut, als in dieser Beziehung eine Aenderung stattgefunden hat, welche die Compilatoren zu Streichungen nötigte, indem nach Justinian'schem Rechte die Uebertragung von zeitlich beschränktem Eigentum zulässig ist [1]).

Vielleicht möchte man noch darauf verfallen, den Schlußsatz für eine freie Erfindung der Compilatoren zu halten. Das ist indes höchst unwahrscheinlich, weil sie dann wohl ein besseres Beispiel gewählt haben würden: denn so wie die Stelle überliefert worden, fehlt zwischen Vordersatz und Nachsatz jeglicher Zusammenhang.

Außerdem hat dieselbe Rechtsänderung anderswo eine ganz ähnliche Streichung zur Folge gehabt.

Paulus fr. 44 § 1 O. et A. 44, 7.

placet autem ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum: nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi. plane post tempus stipulator uel pacti conuenti uel doli mali exceptione summoueri poterit. sic et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret.

Das für die Tradition gewählte Beispiel paßt zu dem Vorhergehenden, wie die Faust auf's Auge. Paulus wird natürlich geschrieben haben: daß ebensowenig wie die Obligation das Eigentum einen Endtermin dulde; und daß eine

1) Vgl. c. 2 de don. quae sub modo 8, 54; c. 26 de leg. 6, 37: und dazu Dernburg, Pand. Bd. 1, § 114, Anm. 15; Karlowa, Rechtsgeschäft, S. 112 flg. Anderer Meinung freilich Schulin a. a. O. S. 198, 199.

Eigentumsübertragung bis zu einem Zeitpunkte gerade ſo unmöglich ſei, wie wenn jemand Grund und Boden ohne das darauſſtehende Gebäude tradieren wollte.

Mag man indes über unſere Stelle denken, wie man will, jedenfalls iſt ſie zur Tradition in Beziehung zu ſetzen. Bei der Tradition handelt es ſich aber nicht um Beſitzesverluſt durch bloßen Willen, ſondern um Beſitzesverluſt durch Willen und Aufhebung des körperlichen Verhältniſſes. Und wenn das Willensmerkmal hier beſonders hervorgehoben und in dieſer Beziehung auf einen Unterſchied zwiſchen Eigentum und Beſitz aufmerkſam gemacht wird, ſo muß dabei die Aufhebung des körperlichen Verhältniſſes als geſchehen vorausgeſetzt werden.

bb. Beſitzesumwandlung.

α. § 38. Beiſpiele.

Die von Celſus und Marcellus befürwortete Rechtsregel lautete: animo deponere et mutare nos possessionem posse. Bisher beſchäftigten wir uns mit dem deponere, es bleibt zu betrachten übrig das mutare possessionem.

Beim deponere geht der Beſitz von uns fort, beim mutare geht der Beſitz zwar ebenfalls verloren, aber nur um in anderer Geſtalt wiederzukehren. Das mutare possessionem iſt zu vergleichen der Novation des Obligationenrechtes, oder vielleicht noch beſſer der Schuldverwandlung, z. B. eine Kaufſchuld wird in ein Darlehen verwandelt. Den Hauptanwendungsfall bildet der Precariſtenbeſitz, und zwar in zweierlei Beziehung: es giebt eine Umwandlung *in* Precariſtenbeſitz und eine Umwandlung *des* Precariſtenbeſitzes. Aber auch noch ſonſtige Fälle ſind zu verzeichnen. Bisher iſt dieſe Beſitzesumwandlung in ihrer Eigenart kaum erkannt worden. Ich will zunächſt einzelne Beiſpiele vorführen und daran dann einige Betrachtungen knüpfen.

1. Umwandlung in Precariſtenbeſitz.

Es iſt in neuerer Zeit von verſchiedenen Seiten darauf hingewieſen, daß das Interdictum de precario kein poſſeſſoriſches

Rechtsmittel ſei[1]). Etwas ſchärfer und richtiger wird man dieſen Gedanken dahin ausdrücken können: damit ein Precarium entſtehe, iſt Hingabe einer Sache gar nicht erforderlich; es genügt vielmehr, wenn nur jemand ſich damit einverſtanden erklärt, daß ein anderer ihm gegenüber eine Sache precario beſitze. Denn poſſeſſoriſch bleibt das Interdictum de precario darum doch immer, wenn es ſich auch nicht bloß als reciperandae, ſondern ebenfalls als apiscendae possessionis erweiſt.

Für die Handlung desjenigen, der ein Precarium einräumt, werden in den Quellen die Ausdrücke dare, tradere, concedere gebraucht, und zwar ohne Unterſchied, ob das Precarium durch Hingabe begründet wurde oder nicht[2]). In einem engeren Sinne weiſen aber die Ausdrücke dare und tradere auf das durch Hingabe entſtehende precarium hin[3]), concedere dagegen auf das ohne Hingabe entſtehende[4]). Der Prätor umfaßte beide Fälle durch ſein „quod precario ab illo habes.“[5])

Bei dem ohne Hingabe entſtehenden Precarium kann man ſich die Sache entweder ſo vorſtellen, daß weder der eine noch der andere bisher Beſitzer war, oder ſo, daß der nunmehrige Precariſt bisher aus einem anderen Grunde beſaß. Ein Bei-

---

1) Vgl. A. Schmidt, Neue Jenaiſche Allg. Lit.-Ztg. 1845, S. 1180; Ihering, Grund des Beſ.ſchutzes[2], S. 98, 99; Bruns, Beſitzklagen, S. 180 flg.; Pernice in Goldſchmidt's Zeitſchr. Bd. 20, S. 636; Ubbelohde, Archiv für die civ. Praxis, Bd. 59, S. 222; Bekker, Rt. des Beſ. S. 129; Lenel, Zeitſchr. für Rtsgeſch. Bd. 16, S. 119, 120; Duncker, Beſitzkl. S. 95 flg.

2) Vgl. wegen dare z. B. fr. 5 § 1 de peculio 15, 1; fr. 18 de precario 43, 26; wegen tradere fr. 21 pr. A. u. A. P.; wegen concedere fr. 1 pr. § 2, fr. 6 § 2, fr. 7 de precario.

3) Vgl. wegen dare z. B. fr. 15 § 4 de prec., wegen tradere fr. 13 § 21 A. E. V. 19, 1. Ein analoger Sprachgebrauch iſt pignori dare, das im engern Sinne ſich auf das Fauſtpfand beſchränkt, im weitern Sinne das Vertragspfand mitumfaßt.

4) fr. 13 § 7 A. u. A. P.; fr. 15 § 2 Qui satisdare 2, 8; fr. 4 § 4, fr. 22 pr. de prec.; Paul. sent. 5, 6 § 11.

5) fr. 2 pr. de precario.

ſpiel der erſteren Art wäre dieſes: ein Jagdinhaber geſtattet einem Jagdfreunde die Benutzung ſeiner Jagd; es wird dabei ausbedungen, daß der Jagdfreund das von ihm erlegte Wild dem Jagdinhaber gegenüber nur precario beſitzen ſolle. Ferner: ein Erbe verkauft eine Sache, von der er noch keinen Beſitz ergriffen hatte; der Käufer ſoll den Beſitz ergreifen [1]), aber bis zur Bezahlung des Kaufpreiſes nur precario beſitzen.

War der Precariſt vorher ſchon Beſitzer aus einem andern Grunde, ſo liegt eine Beſitzesumwandlung vor, und für dieſe ſollen jetzt Beiſpiele zuſammengeſtellt werden.

Wer pro herede beſaß, läßt ſich vom Erben ein precarium einräumen.

Jauolenus fr. 21 pr. A. u. A. P. 41, 2.

is, qui pro herede rem possidebat, antequam dominus fieret, precario ab herede eam rogauit.

Wer von einem Nichteigentümer gekauft hatte, bittet den Eigentümer um ein Precarium.

Pomponius fr. 6 pr. pro emptore 41, 4.

Qui, cum pro herede uel pro emptore usucaperet, precario rogauit, usucapere non potest: quid porro inter eas res interest, cum utrubique desinat ex prima causa possidere, qui precario uult habere?

Wer pro possessore beſaß, z. B. als Dejicient, erlangt Precariſtenbeſitz.

Ulpianus fr. 6 § 3 precario.

Julianus ait eum, qui ui alterum deiecit et ab eodem precario rogauit, desinere ui possidere et incipere precario, neque existimare [2]) sibi ipsum causam possessionis mutare, cum uoluntate eius quem deiecit coeperit precario possidere.

---

1) Vgl. fr. 1 § 5 de exc. rei uend. 21, 3; fr. 8 pro legato 41, 8.

2) Existimare hat man wohl nicht nötig, mit Smallenburg und Mommſen in existimari zu verwandeln, da ſich ja ganz gut aus dem Vorhergehenden eum ergänzen läßt; auf dieſe Weiſe erhalten wir folgende Verbindung: Julian ſagt, er glaube nicht, daß derjenige u. ſ. w.

Venuleius fr. 22 pr. eodem.

Si is, qui pro possessore possideret, precario dominum rogauerit, ut sibi retinere rem liceret, uel is, qui alienam rem emisset, dominum rogauerit: apparet eos precario possidere. nec existimandos mutare sibi causam possessionis, quibus a domino concedatur precario possidere: nam et si id quod possideas alium precario rogaueris, uideri te desinere ex prima causa possidere et incipere ex precario habere.

Hierher gehört ferner

Pomponius fr. 5 de precario 43, 26.

si uero praeterita die rogas, propius est, ut soluta iam causa precarii non redintegretur, sed noua constituatur.

Ein Hauptgebiet für diese Umwandlung in Precaristenbesitz scheint die alte Sicherheitsfiducia abgegeben zu haben.

Gai 2, 60.

Fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure — si uero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo conpetit (usus receptio), nondum uero soluta ita demum conpetit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogauerit.

Man pflegt sich diesen Vorgang, mindestens für die ältere Zeit, so vorzustellen, als ob erst eine Tradition an den Gläubiger, und dann eine Rückübertragung an den Schuldner hätte stattfinden müssen [1]). Demnach wäre der Verlauf bei einem

1) Vgl. Dernburg, Pfdrt., Bd. 1, S. 17, 18. „Bei der Fiducierung unbeweglicher Sachen war zwar durch die Form des Geschäfts eine Tradition nicht geboten; nichtsdestoweniger setzte der Schuldner den Gläubiger regelmäßig in gütlicher Weise auf dessen Erfordern in den Besitz." — „So ersann man die Auskunft, daß der Schuldner sich vom Gläubiger den Besitz der fiducia zurückerbat und die Sache, die ihm früher zu eigen war, nun statt des Gläubigers precario besaß und bewirtschaftete." — Für die spätere Zeit nimmt Dernburg, Bd. 2, S. 78, ein constitutum possessorium an. — Bei Pernice, Labeo, Bd. 2, S. 194 heißt es: „Daher ist es umgedreht iuste gehandelt, wenn Schuldner und Deponent sich selbständig in den Besitz der Sache setzen. Die Besitzergreifung erfolgt hier unter diesen Umständen ganz ebenso ex iusta causa wie bei der Dereliction."

Grundstücke dieser gewesen: der Schuldner verläßt mit den Seinen das Grundstück, der Gläubiger betritt dasselbe; darauf verläßt es wieder der Gläubiger, und nun betritt der Schuldner dasselbe wieder. Denkbar ist ja ein derartiges Verfahren, aber für gewöhnlich wird man solche Weitläufigkeiten schwerlich gemacht haben. Der Schuldner blieb auf dem Grundstücke, das er mancipiert hatte, und bat um precären Besitz. Diese Vorstellung dürfte den Worten des Gajus si precario rogauerit, ut eam rem possidere liceret sich weit besser anpassen, als das Hineintragen einer Tradition und Retradition.

Außerdem sagt mit Bezug auf die Fiducia [1])

Julianus libro tertio decimo digestorum, fr. 18 de precario.

Unusquisque potest rem suam, quamuis non possideat, precario dare ei qui possideat.

Und ganz ausdrücklich bemerkt

Isidorus, orig. V, 25, 17.

Precarium est, dum prece creditor rogatur permitti, debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari, et ex eo fructus capere.

Der Schuldner bittet den Gläubiger: er möge ihm gestatten, auf dem Grundstücke zu bleiben; er will es also gar nicht erst verlassen.

Die Stelle wird gewöhnlich von der fiducia verstanden, und, wie ich glaube, mit Recht.

Macer fr. 15 § 2 Qui satisdare 2, 8.

Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat aut sibi traditam aut precario debitori concessam.

Die Möglichkeit, diese Stelle mit der fiducia in Verbindung zu setzen, ist bereits von Arndts [2]) angedeutet. Macer

---

1) Vgl. Lenel, Ztschr. für Rtsgesch. Bd. 16, rom. Abt. S. 119, 120.

2) Ztschrift für Civilrt. u. Proc. N. F. Bd. 3, S. 382, Anm. 15 = Arndts, ges. civ. Schriften, Bd. 1, S. 286, Anm. 27.

könnte geſchrieben haben: qui pignoris iure fundum mancipio accepit; oder vielleicht ſchlechtweg: qui fiduciam accepit [1]).

Die Stelle bezieht ſich auf die Sicherheitsleiſtung bei Einlegung von Appellationen, wovon gewiſſe Grundbeſitzer frei waren [2]). Zu dieſen Grundbeſitzern wurde bei obiger Annahme derjenige Gläubiger nicht gezählt, welcher ein Grundſtück als Fiducia erhalten hatte: possessor non est; obgleich er ein Grundſtück hatte: tametsi possessionem habeat [3]); mochte es ihm nun tradiert ſein, oder mochte er es dem Schuldner als Precarium überlaſſen haben.

Julianus libro tertio decimo digestorum. fr. 16 O. et A. 44, 7.

Qui a seruo hereditario mutuam pecuniam accepit et fundum uel hominem pignoris causa ei tradiderat (fiduciae causa ei mancipauerat) et precario rogauit, precario possidet: nam seruus hereditarius sicuti per traditionem (mancipio) [4]) accipiendo proprietatem hereditati adquirit, ita precario dando efficit, ne res usucapi possit. nam et si commodauerit uel deposuerit [rem peculiarem], commodati et depositi actionem hereditati adquiret. haec ita, si peculiare negotium contractum est: nam ex hac causa etiam possessio adquisita intellegi debet.

Die Interpolation dieſer Stelle iſt von Arndts [5]) und Huſchke [6]) gleichzeitig erkannt worden [7]). Das mindeſtens höchſt überflüſſige rem peculiarem wird als Gloſſem zu ſtreichen ſein.

1) Vgl. Boëthius in Cic. top. 4, 10, 41. Fiduciam accepit; Cic. pro Flacco 21, 51: fiducia tamen accepta.

2) Vgl. Schlayer, Ztſchr. für Civilrt. u. Proc. N. F. Bd. 9, S. 210, Anm. 89.

3) Derſelbe Sprachgebrauch kehrt ibidem § 7 wieder: possessor — — possessionem uendidit.

4) Vgl. Grabenwitz, Ztſchr. für Rtsgeſch. Bd. 19, rom. Abt. S. 62.

5) Beiträge, S. 208 flg.

6) Ztſchr. für geſch. Rtsw. Bd. 14, S. 263 flg.

7) Vgl. auch Ubbelohde, Realcontracte, S. 88; Bassewitz, De Romanorum fiducia, § 18; Lenel, Ztſchr. für Rtsgeſch. a. a. O. S. 119 flg.

Die Stelle bezieht sich auf den Erwerb eines Erbschaftssklaven während ruhender Erbschaft. Die Sache hatte ihre Schwierigkeiten. Denn die Fähigkeit des Sklaven, für seinen Herrn zu erwerben, beruht auf dessen Rechtsfähigkeit [1]; bei ruhender Erbschaft ist ja aber gar kein Herr vorhanden. Indessen „der Satz, daß der Sklave ex peculiari causa dem Herrn ohne sein Wissen erwerbe, ließ sich unter dem Drucke der praktischen Notwendigkeit leicht dahin erweitern, daß der Sklave auch erwerbe, wenn der Herr gar nicht mehr vorhanden sei" [2]. Und über das peculiare negotium geht Julian nicht hinaus.

Der Erbschaftssklave hat Geld dargeliehen, als fiducia ein Grundstück oder einen Sklaven erhalten, und diesen Gegenstand dem Schuldner precario gelassen. Arndts und Huschke scheinen sich nun die Entstehung dieses Precariums so vorzustellen, als ob die Sache dem Erbschaftssklaven tradiert und von diesem dem Schuldner zurückgegeben wäre. Es ist in der Stelle aber nur von mancipauerat et precario rogauit die Rede. Den Gedanken an eine Tradition und Retradition werden wir also mindestens für das Grundstück aufgeben müssen. Dagegen spricht auch nicht das precario dando: denn precario dare wird ganz allgemein für Einräumung eines Precarium gesagt [3]. Andererseits scheint die Annahme einer Besitzumwandlung durch den ganzen Zusammenhang geboten.

Der Erbschaftssklave erwirbt das Eigentum und nützt der Erbschaft auch dadurch, daß er den Besitz des Schuldners in Precaristenbesitz umwandelt: denn auf diese Weise wird die usus receptio ausgeschlossen, wie ja auch von einer usucapio pro herede desjenigen keine Rede sein kann, dem der Erbschaftssklave Sachen geliehen oder zur Aufbewahrung übergeben hat [4]. Dies versteht sich alles unter der Voraussetzung,

1) A. Schmidt, die Persönlichkeit des Sklaven, S. 40.

2) Pernice, Labeo, Bd. 1, S. 368.

3) Vgl. wegen des Julian'schen Sprachgebrauches fr. 18 de precario 43, 26.

4) Vgl. Jul. fr. 2 § 1 pro herede 41, 5.

daß es sich um ein Peculiengeschäft handelt; in diesem Falle wird sogar Besitz als erworben angenommen.

Der Besitzerwerb machte nämlich seine besondern Schwierigkeiten [1]). Der Besitzerwerb durch einen Sklaven beruhte auf dem körperlichen Verhältnisse zum Herrn [2]); eine Erbschaft hat aber weder animus noch corpus [3]).

Fangen wir jetzt bei der Julian'schen Gedankenentwicklung einmal wieder von hinten an. Julian sagt: alles Vorausgegangene muß um so mehr gelten, als innerhalb der angegebenen Schranken, nämlich sofern Peculienerwerb in Frage steht, der Erbschaftssklave sogar Besitz für die Erbschaft erwerben kann. Also kann im Vorausgegangenen noch kein Besitzerwerb dieser Art vorgekommen sein; also auch nicht beim precarium; also ist die natürlichste Deutung, an ein durch Besitzumwandlung entstandenes precarium zu denken.

Der Vorschlag Mommsen's, die possessio unserer Stelle durch fiducia zu ersetzen, ist gewiß nicht zu billigen [4]).

Julianus libro tertio decimo digestorum. fr. 36 A. u. A. P. 41, 2.

> Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intellegitur possidere. sed et si eundem precario rogauerit, aeque per diutinam possessionem capiet: nam cum possessio creditoris non impediat capionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse non debet, cum plus iuris in possessione habeat qui precario rogauerit quam qui omnino non possidet.

Die Stelle ist stark interpoliert. Das aeque weist uns darauf hin, daß Julian vorher usucapere statt possidere ge-

---

1) Vgl. hierüber A. Schmidt a. a. O. S. 44, A. 105; fr. 29 de captiuis 49, 15; fr. 1 § 5 A. u. A. P. 41, 2; fr. 44 § 3 de usurp. 41, 3; fr. 15 pr. eodem (Mommsen'sche Einschaltung); fr. 45 § 1 eodem, wo hinter domini mit Mommsen nisi, oder vielleicht bloß ni einzuschalten sein wird.

2) Gai. 2, 90 u. 94; fr. 1 § 22 A. u. A. P. 41, 2.

3) fr. 1 § 15 Si is qui testamento 47, 4.

4) Lenel a. a. O. S. 119, A. 36.

sagt haben wird; zumal intellegitur possidere in dieser Allgemeinheit nicht richtig ist, und insonderheit zum Schlußsatz qui omnino non possidet nicht recht passen will [1]). Weiter wird dann per diutinam possessionem capiet statt usucapiet und capionem statt usucapionem interpoliert sein. Und weil die Stelle dem 13ten Buche der Digesten entnommen, wo Julian von der fiducia handelte, ist pignoris in fiduciae zu verwandeln [2]). Endlich scheint hinter longe minus etwas gestrichen oder ausgefallen zu sein: auf diese Weise sind zwei Negationen, longe minus und non, zusammengekommen, während man nur eine gebrauchen kann. Die Stelle hat demnach folgenden Inhalt.

Ist eine fiducia dem Gläubiger tradiert worden, so läuft die Usucapion des Schuldners fort. Es verhält sich hier also gerade so, wie beim pignus [3]). Was von der Tradition, soll auch gelten im Falle eines Precariums. Dabei liegt es mindestens ebenso nahe, an eine Besitzumwandlung zu denken, als ein durch Tradition und Retradition entstandenes Precarium.

Ulp. libro trigensimo ad edictum [4]). fr. 22 § 3 de pign. act. 13, 7.

Si post distractum pignus (distractam fiduciam) debitor, qui precario rogauit uel conduxit pignus (fiduciam), possessionem non restituat, contrario iudicio tenetur.

Auch dieser Stelle gegenüber ist die Annahme einer Tradition und Retradition nicht bloß völlig überflüssig, sie scheint

---

1) Derartige Interpolationen sind ja häufig. Ein Beispiel einer besonders auffallenden enthält fr. 19 ex quib. caus. 4, 6: interruptam possessionem — — quia haec sine possessione statt interruptam usucapionem u. s. w.

2) Warum Lenel a. a. O. S. 119 hier pignoris schon dem Julian zuschreibt, ist mir nicht recht verständlich.

3) Vgl. fr. 16, fr. 33 § 4 de usurp. 41, 3; fr. 1 § 15 A. u. A. P. 41, 2.

4) Ulpian handelte im 30ten Buche seines Edictscommentares von der fiducia. Vgl. Lenel a. a. O. S. 108, 109.

ſogar erſt durch Beziehung auf eine Beſitzumwandlung verſtändlich zu werden [1]).

Während das contrarium iudicium regelmäßig Hingabe einer Sache zur Vorausſetzung hat, ſoll es bei der fiducia ſchon im Falle einer Beſitzumwandlung entſtehen. Wäre freilich der Fiduciarſchuldner im Beſitz geblieben, ohne daß ein Mietvertrag oder Precarium eingegangen wurde, ſo hätte es auch an einem contrarium iudicium gefehlt.

So viel von der fiducia. Beim pignus war das precarium urſprünglich gänzlich ausgeſchloſſen: denn das precarium beſchränkte ſich auf unbewegliche [2]), das pignus auf bewegliche Sachen [3]). Als dann aber beiderlei Gebiete ſich erweiterten, blieb noch eine andere Schwierigkeit zu überwinden, da das precarium von Haus aus nur bei fremden Sachen möglich war [4]). Dieſelbe Schwierigkeit entſtand bei der Hypothek. Aber die Praxis wußte ſich darüber hinwegzuſetzen.

Ulp. fr. 6 § 4 de precario 43, 26.

Quaesitum est, si quis rem suam pignori mihi dederit et precario rogauerit, an hoc interdictum locum habeat. quaestio in eo est, ut precarium consistere rei suae possit. mihi uidetur uerius precarium consistere in pignore, cum possessionis rogetur [5]), non proprietatis, et est haec sententia etiam utilissima: cottidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt, et debet consistere precarium.

Was nun die Entſtehung des Precariums in beiden Fällen anbetrifft, ſo ſetzt das pignus im engern Sinne Tradition der Sache von Seiten des Schuldners an den Gläubiger voraus;

---

1) Die Erklärung, welche Dernburg, Pfandrecht, Bd. 1, S. 167, 168, von dieſer Stelle giebt, halte ich nicht für befriedigend.

2) Ulp. fr. 4 pr. de precario 43, 26.

3) Gai. fr. 238 § 2 V. S. 50, 16.

4) fr. 4 § 3 de prec. 43, 26: receptum est rei suae precarium non esse; fr. 1 § 11 de itinere actuque 43, 19.

5) Vgl. Tert. fr. 28 A. u. A. P. 41, 2 a. E.

hier muß also, sollte es zu einem Precarium kommen, eine Retradition vorgenommen sein [1]).

Dafür spricht auch der Ausdruck possessionis precarium. Ulpian stellt possessionis und proprietatis precarium einander gegenüber. Das Precarium des Pfandschuldners wird als ein precarium possessionis aufgefaßt. Daraus scheint man schließen zu müssen, daß der Gläubiger, bevor er das Precarium einräumte, den Besitz bereits gehabt haben mußte.

Aber bei der Hypothek, möchte man meinen, müßte eine Tradition und Retradition gerade so überflüssig gewesen sein, wie bei der Fiducia. Gleichwohl ist mir die Sache zweifelhaft, da das römische Recht, soviel ich sehe, beim precarium an der eigenen Sache über das precarium possessionis nicht hinausgegangen ist. Für das Gegenteil spricht nicht etwa

Ulp. fr. 32 § 5 de don. i. u. et ux. 24, 1.

Si maritus ea quae donauerit pignori dederit, utique eum paenituisse dicemus, licet dominium retinuit. quid tamen, si hoc animo fuit, ut uellet adhuc donatum? finge in possessionem precariam mulierem remansisse paratamque esse satisfacere creditori.

Die Frau ist im precären Besitz zurückgeblieben, also wird keine Tradition stattgefunden haben, sondern eine Besitzumwandlung vorliegen. Dabei ist aber zu beachten, daß hier drei Personen in Frage stehen: das Precarium braucht demnach nicht notwendig vom Gläubiger herzurühren, sondern könnte auch vom Mann der Frau eingeräumt sein [2]). Und wenn das Precarium vom Gläubiger eingeräumt wäre, so würde der Satz nicht im Wege gestanden haben „rei suae precarium non esse". Wir können dieser Stelle also höchstens den Satz entnehmen: im Falle einer Hypothek kann ein Precarium durch Besitzumwandlung nur dann entstehen, wenn der Besitz der Sache sich nicht beim Eigentümer, sondern bei einer dritten Person befindet.

1) Vgl. fr. 35 § 1 de pign. act. 13, 7. Ebenso bei der Miete. fr. 37 eodem; fr. 37 A. u. A. P. 41, 2.

2) Vgl. fr. 8 pr. de precario 43, 26.

2. Umwandlung des Precariſtenbeſitzes.

Wie anderer Beſitz in Precariſtenbeſitz, ſo kann auch der Precariſtenbeſitz in andern umgewandelt werden.

Celsus fr. 11 de precario 43, 26.

Si debitor rem pigneratam precario rogauerit, soluta pecunia precarium soluitur: quippe id actum est, ut usque eo precarium teneret.

Einem Schuldner iſt der precäre Beſitz einer verpfändeten Sache eingeräumt — man kann dabei an fiducia oder tradiertes und retradiertes pignus denken — er zahlt ſeine Schuld: jetzt hört das Precarium auf, und durch Beſitzumwandlung erhält ſein Beſitz eine andere Beſchaffenheit, vielleicht die frühere Beſchaffenheit wieder.

Eine ſolche Beſitzumwandlung liegt auch vor, wenn der Käufer, dem zunächſt precärer Beſitz eingeräumt war, den letzten Kaufgeldsreſt zahlt [1]).

Ferner könnte hierher gehören

Pomp. fr. 15 § 3 de precario 43, 26.

Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium interdictum ei non competit.

Zur Veranſchaulichung möge folgendes Beiſpiel dienen.

Ein Fiduziargläubiger, der dem Schuldner das Grundſtück precario gelaſſen, drängt Mitte Juni zum Verkauf und verlangt demgemäß Herausgabe des Grundſtückes. Da der Schuldner zum 1ten Juli Zahlung verſpricht, erklärt der Gläubiger ſich bereit, bis dahin warten zu wollen. An eine ſolche Erklärung iſt der Gläubiger in keiner Weiſe gebunden, vielmehr bleibt das Precarium in alter Kraft bei Beſtand [2]).

Wie nun aber, wenn ſtipulationsweiſe vorgegangen wäre: Spondesne mihi fundum Kalendis Juliis restituere? Spondeo. Hier ſoll nach Pomponius der Stipulation die größere Kraft innewohnen. Das Precarium iſt alſo beſeitigt, und der Precariſtenbeſitz umgewandelt.

1) Vgl. fr. 20 de precario 43, 26; c. 3 de pact. int. empt. 4, 54.

2) fr. 12 pr. de precario.

3. Sonstige Fälle.

Wenngleich das Precarium für die Besitzesumwandlung hauptsächlich in Betracht kommt, und zwar nach beiderlei Richtung hin, fehlt es doch auch nicht an sonstigen Möglichkeiten.

Wer gewaltsam vertrieben hat, kauft das Grundstück vom Vertriebenen.

Ulp. fr. 6 § 3 de precario 43, 26.

nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emptore posse dominium capere [1]).

Jemand kauft wissentlich vom Nichteigentümer, darauf vom wirklichen Eigentümer oder demjenigen, den er für den Eigentümer hält; oder er ist vom Eigentümer zum Erben eingesetzt, bezw. dessen bonorum possessor geworden; oder er glaubte, dessen Erbe, bezw. bonorum possessor zu sein.

Julianus fr. 33 § 1 de usurp. 41, 3.

si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore: sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere, nec uidebitur sibi ipse causam possessionis mutasse. idemque iuris erit etiam, si a non domino emerit, cum existimaret eum dominum esse. idem hic si a domino heres institutus fuerit uel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. hoc amplius si iustam causam habuerit existimandi se heredem uel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit nec causam possessionis sibi mutare uidebitur.

Wer vom Nichteigentümer kaufte, wird vom Eigentümer

---

1) Der Text scheint freilich verderbt zu sein. Mommsen glaubt helfen zu können, indem er incipere etiam in inciperet iam verwandelt. Es dürfte aber ein ganzer Gedanke ausgefallen sein. Vielleicht ist zwischen etiam und pro emptore einzuschalten: pro emptore possidere et si a non domino emisset. Statt dominium capere hat Ulpian usucapere geschrieben. Vgl. Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 1, § 100, A. 350, S. 350.

verklagt, und zahlt dieſem den Wert der Sache, oder erhält die Sache vom Eigentümer geſchenkt.

Paulus fr. 2 § 21 pro emptore 41, 4.

Si rem alienam emero et, cum usucaperem, eandem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione. sed si litis aestimationem sufferre maluerim, ait Julianus causam possessionis mutari ei, qui litis aestimationem sustulerit [1]), idemque esse, si dominus ei, qui rem emisset a non domino, donasset: eaque sententia uera est.

Einer Ehefrau wird von einem dritten eine Sache ihres Mannes geſchenkt, ohne daß ſie oder ihr Mann von dieſem Eigentum weiß; ſpäter erfahren beide das Sachverhältnis.

Neratius fr. 44 de don. i. u. et ux. 24, 1.

sed si uir rescierit suam rem esse, priusquam usucapiatur, uindicareque eam poterit nec uolet et hoc et mulier nouerit, interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factae donationis [2]).

Ein weiteres Beiſpiel liefert die constitutio Rutiliana in Fr. Vat. 1, wovon ſogleich noch die Rede ſein wird.

Eine allgemeiner redende Stelle iſt

Pomp. fr. 21 § 1 A. R. D. 41, 1.

Si rem meam possideas et eam uelim tuam esse, fiet tua, quamuis possessio apud me non fuerit.

β. § 39. Betrachtungen.

Die Fälle, welche ich im vorigen Paragraphen gebracht habe, ſollen keineswegs das Gebiet der Beſitzumwandlung erſchöpfen: ich habe nur zuſammengeſtellt, was ſich mir auf den erſten Angriff darbot. Ebenſo wenig kann es meine Aufgabe ſein, die juriſtiſche Bedeutung dieſer Beſitzumwandlung nach allen Richtungen hin darzulegen; nur auf ein paar allgemeine Geſichtspunkte kommt es mir hier an.

1) Vgl. fr. 46, 47 R. V. 6, 1; fr. 1, fr. 3 pro empt. 41, 4.

2) Vgl. zu dieſer Stelle Savigny, Ztſchr. für geſch. Rtsw. Bd. 1, S. 270 flg.; Syſtem, Bd. 4, S. 576 flg.

1. Was zunächst den Gegenstand dieser Besitzumwandlung anbetrifft, so habe ich bisher vorzugsweise Grundstücke in's Auge gefaßt; sie kommt aber auch bei beweglichen Sachen vor. In dieser Beziehung mag noch auf den Fall hingewiesen werden: wenn der Dieb die gestohlene Sache vom Eigentümer gekauft hat [1]).

2. Vor allen Dingen gilt es aber, das Wesen dieser Besitzumwandlung zu erfassen. Wir haben es hier zu thun mit einem Besitzerwerbe und Besitzverlust, die sich beide durch den bloßen Willen des Besitzers vollziehen; der eine Erwerbsgrund wird aufgegeben, der andere tritt an dessen Stelle.

Pomponius fr. 6 pr. pro emptore 41, 4.
desinat ex prima causa possidere.

Pomp. fr. 5 de precario 43, 26.
mutatur causa possessionis.

Ulp. fr. 6 § 3 eodem.
Julianus ait — — desinere ui possidere et incipere precario.

Paulus fr. 2 § 21 pro empt. 41, 4.
ait Julianus causam possessionis mutari.

Venuleius fr. 22 pr. de prec. 43, 26.
uideri te desinere ex prima causa possidere et incipere ex precario habere.

Neratius fr. 44 de don. i. u. et ux. 24, 1.
quia transiit (possessio) in causam ab eo factae donationis.

Ulp. fr. 34 pr. A. u. A. P. 41, 2.
quia animo — — mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt.

Marc. fr. 19 § 1 A. u. A. P. 41, 2.
si quis dimissa possessione prima eiusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci uelit.

3. Uns kümmert hier nur die freiwillige Besitzesumwandlung,

1) fr. 4 § 18, fr. 32 pr. de usurp. 41, 3; fr. 85 de furt. 47, 2; fr. 22 pr. A. R. A. 25, 2.

das animo mutare; es giebt aber auch eine unfreiwillige Besitzumwandlung. Beide finden sich nebeneinander in

Fr. Vat. 1.

> Julianus propter Rutilianam constitutionem eum qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere, et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere.

Hatte eine Frau eine res mancipi ohne Zuziehung ihres Vormundes veräußert und hingegeben, so erlangte der Käufer zwar Besitz, konnte aber nicht usucapieren, wenn er die Eigenschaft der Sache gekannt hatte. Durch Zahlung des Preises erhielt er jedoch Usucapionsbesitz, der ihm indes durch das Angebot einer Rückzahlung wieder entzogen werden konnte.

Die freiwillige Besitzumwandlung entsteht hier durch die Zahlung des Preises, die unfreiwillige durch das Angebot der Rückzahlung.

Ferner kann sich eine unfreiwillige Besitzumwandlung durch Zeitablauf vollziehen [1]).

Ebenso gehört hierher der Fall des fr. 32 § 3 de don. i. u. et ux. Je nachdem dem Ehemanne seine Schenkung leid thut, oder er sie wieder bestätigt, nimmt der Besitz der beschenkten Frau eine verschiedene Gestalt an.

4. Eine analoge Erscheinung bietet die Umwandlung der Detention in juristischen Besitz dar. Beide Fälle werden auch von Julian neben einander gestellt, der in dem oben teilweise ausgeschriebenen fr. 33 § 1 de usurp. so fortfährt:

> cum haec igitur recipiantur in eius persona, qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec uiuo nec mortuo domino ullam possessionem habet? et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem eius uel bonorum possessorem esse, incipiet pro emptore possidere.

Heutzutage pflegt man hier von einer traditio breui

---

1) Vgl. fr. 5 de precario 43, 26 und dazu unten § 40, S. 264 flg.

manu zu ſprechen. Das iſt eine unrichtige Bezeichnung des fraglichen Herganges. Tradition im gewöhnlichen Sinne iſt Hingabe einer Sache, eine ſolche findet hier aber gar nicht ſtatt. Celſus [1]) ſpricht in dieſer Beziehung allerdings von pro tradita habetur, und Ulpian [2]) von pro tradita erit accipienda sc. res. Damit iſt aber doch nur geſagt, daß dieſelben Wirkungen, wie im Falle einer Tradition eintreten ſollen. Andererſeits wird ſcharf genug hervorgehoben, daß hier eine bloße Willenshandlung vorliege.

Ulp. fr. 9 § 9 R. C. 12, 1.

Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerua [3]) Proculus etiam antequam moueantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est uerum, ut et Marcello uidetur: animo enim coepit possidere.

Paulus fr. 3 § 3 A. u. A. P. 41, 2.

Neratius [3]) et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio.

Und den Gedanken an eine wirkliche Tradition weiſt ausdrücklich zurück

Gai. fr. 9 § 5 A. R. D. 41, 1 = § 44 R. D. 2, 1.

Interdum etiam sine traditione nuda uoluntas domini sufficit ad rem transferendam, ueluti si rem, quam commodaui aut locaui tibi aut apud te deposui, uendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patiar eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio.

Vgl. ferner

Ulp. fr. 10 pr. A. u. A. P. 41, 2.

Si quis ante conduxit, postea precario rogauit, uidebitur discessisse a conductione.

Die Fälle, welche man bisher unter der traditio breui manu begriff, haben zur Vorausſetzung, daß jemand gegenüberſteht, welcher ſeine Zuſtimmung erteilt. Auf Fälle dieſer Art

1) fr. 62 pr. de uict. 21, 2.

2) fr. 9 § 1 de Publiciana 6, 2.

3) Wegen des Nerua und Neratius vgl. oben § 31, S. 165 A. 1.

iſt die Detentionsumwandlung aber gar nicht beſchränkt: z. B. jemand nimmt ſich zunächſt als Negotiorum Geſtor einer Erbſchaft an, ſchließlich hält er ſich ſelber für den Erben und verweigert die Herausgabe [1]).

5. Die causa possessionis hat überhaupt die römiſchen Rechtsgelehrten in mehrfacher Weiſe beſchäftigt. Eine ganze Reihe derſelben wird uns vorgeführt von

Paulus fr. 3 § 21 A. u. A. P. 41, 2.

Genera possessionum tot sunt, quot et causae adquirendi eius quod nostrum non sit, uelut pro emptore: pro donato: pro legato: pro dote: pro herede: pro noxae dedito: pro suo, sicut in his, quae terra marique uel ex hostibus capimus uel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae. [2])

Hervorgehoben dem Eigentume gegenüber wird, daß auch mehrere Beſitzgründe neben einander möglich ſeien.

Paulus fr. 3 § 4 A. u. A. P. 41, 2.

Ex plurimis causis possidere eandem rem possumus, ut quidam putant et eum, qui usuceperit, et pro emptore et pro suo possidere: sic enim et si ei, qui pro emptore possidebat, heres sim, eandem rem et pro emptore, et pro herede possideo: nec enim sicut dominium non potest nisi ex una causa contingere, ita et possidere ex una dumtaxat causa possumus. [3])

Eine Beſitzumwandlung wird alſo nur da anzunehmen ſein, wo die mehreren Beſitzgründe neben einander unverträglich ſind. Und wie die Beſitzumwandlung der Schuldumwandlung, ſo entſpricht das Nebeneinanderbeſtehen mehrerer Beſitzgründe dem Nebeneinanderbeſtehen mehrerer auf denſelben Gegenſtand gerichteter Obligationen.

---

1) Vgl. fr. 10 Si pars her. 5, 4 und dazu Leiſt, Fortſetzung, Bd. 1, S. 247, 248, A. 53.

2) Von verſchiedenen Seiten aus betrachtet dieſe Stelle Bekker, Rt. des Beſitzes, S. 45, 46, 80, 81, 114, 201, 301.

3) Vgl. ferner fr. 1 pro suo 41, 10; Fr. Vat. 293[2].

§ 40. Fortsetzung.

Das Nebeneinanderbestehen mehrerer Besitzgründe grenzt das Gebiet der Besitzumwandlung nach der einen Seite hin ab; in anderer Weise wird es abgegrenzt durch das Fortdauern des alten Besitzgrundes.

Paul. fr. 31 § 4 de usurp. 41, 3.

Si ui aut clam aut precario possessionem nactus quis postea furere coeperit, et possessio et causa eadem durat.

Paul. fr. 2 § 14 pro emptore 41. 4.

Et si quod non bona fide seruus meus emerit, in pactionem libertatis mihi dederit, non ideo me magis usucapturum durare enim primam causam possessionis idem Celsus ait.

Pomp. fr. 5 de prec. 43. 26.

prorogatur precarium: nam nec mutatur causa possessionis.

Pomp. fr. 30 § 2 de usurp. 41, 3.

non item tamen uniuersi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio. nec si quid emptum immixtum fuerit gregi augendi eius gratia, idcirco possessionis causa mutabitur.

In dieser Beziehung greift namentlich eine Rechtsregel ein, die vielen höchst rätselhaft vorgekommen: niemand kann sich selber den Besitzgrund ändern.

Die Regel ist von den Alten aufgestellt;

Paulus fr. 3 § 19 A. u. A. P. 41, 2.

Illud quoque a ueteribus praeceptum est neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse.

Marcellus fr. 19 § 1 eodem.

Quod scriptum est apud ueteres etc.

und war zum Rechtssprichwort geworden.

Julianus fr. 2 § 1 pro herede 41, 5.

Quod uolgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse.

Julianus fr. 33 § 1 de usurp. 41, 3.

Quod uulgo respondetur etc.

Hauptſächlich ſcheint ſich Julian mit derſelben beſchäftigt zu haben [1]). Von älteren Rechtsgelehrten, welche zur Entwicklung derſelben beitrugen, werden ausdrücklich genannt Servius [2]) und Caſſius [3]).

In Frage ſteht eine einſeitige Handlung: den Gegenſatz zum ſelber bildet die Zuſtimmung eines andern [4]).

Einen Hauptanwendungsfall für unſere Regel bildete die alte pro herede usucapio.

Julianus fr. 2 § 1 pro herede 41, 5.

Quod uolgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum ciuilis, sed etiam naturalis intellegatur. et propterea responsum est neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.

§ 2 ibidem.

Filium quoque donatam rem a patre pro herede negauit usucapere Seruius, scilicet qui existimabat naturalem possessionem penes eum fuisse uiuo patre.

Die pro herede usucapio bildet aber nur einen Fall. Das Gebiet, welches unſere Regel umfaßte, beſchreibt uns Julian in folgender Weiſe.

Jul. fr. 33 § 1 de usurp. 41, 3.

totiens uerum est, quotiens quis sciret se bona fide non possidere et lucri faciendi causa inciperet possidere: idque per haec probari posse.

Der Schlußſatz weiſt uns darauf hin: daß Julian ſich nicht darauf beſchränkt hat, das Gebiet im allgemeinen zu bezeichnen; er wird den Grundgedanken auch durch Beiſpiele er-

1) Vgl. noch fr. 6 § 3 de precario 43, 26; fr. 1 § 2 pro donato.

2) fr. 2 § 2 pro herede 41, 5.

3) fr. 1 § 2 pro donato 41, 6.

4) fr. 6 § 3 prec. 43, 26: uoluntate; c. 23 Loc. 4, 65: consensum.

läutert haben. Dieſe Beiſpiele ſind aber von den Compilatoren geſtrichen; denn was folgt, ſind nur Ausnahmen von der Regel. Julian muß alſo Beiſpiele gebracht haben, die zur Zeit der Compilatoren bereits unpraktiſch waren. Dieſe Beiſpiele könnten geweſen ſein die pro herede usucapio und die usureceptio.

Jedenfalls paßt die usureceptio zum Julian'ſchen Grundgedanken nicht minder, wie die pro herede usucapio: es will jemand anfangen lucri faciendi causa zu beſitzen. Und daß die usureceptio ebenfalls hierher gehört, darauf iſt bereits von G. Thon[1]) aufmerkſam gemacht worden. Wir haben uns nur noch näher klar zu machen, in welcher Weiſe unſere Regel bei der usureceptio eingegriffen haben mag.

Zu dieſem Zwecke müſſen wir uns Fälle vorführen, wo zwar die usureceptio im allgemeinen ausgeſchloſſen war, wo aber Ereigniſſe eintraten, die dem Betreffenden einen Vorwand geben mochten, ſeine Rolle zu vertauſchen.

Die usureceptio kommt teils bei der fiducia, teils bei der praediatura vor[2]). Die Freundesfiducia, fiducia cum amico contracta, ſcheidet aus, weil hier ſtets usureceptio zuläſſig iſt. Die praediatura laſſe ich bei Seite und beſchränke mich auf die Gläubigerfiducia, fiducia cum creditore contracta, weil für dieſe die Quellen am ergiebigſten ſind.

Von dieſem Falle der fiducia ſagt Gajus, daß die usureceptio ſtets ſtatt finde, ſobald der Gläubiger bezahlt ſei. Dieſer Fall ſcheidet alſo für uns ebenfalls aus. Andererſeits erſehen wir daraus aber gleichzeitig, welche Bewandtnis es hier mit der Umwandlung eines etwaigen Precariſtenbeſitzes hatte, von der fr. 11 de precario handelt[3]): ein Fiduciarſchuldner, welcher ſeinem Gläubiger ein Precarium eingeräumt hatte, kam nach Abtrag ſeiner Schuld in die Lage zu uſurecipieren, und wurde nach Ablauf eines Jahres wieder Eigen-

1) Rhein. Muſeum, Bd. 4, S. 109.
2) Gai. 2, 59—61.
3) Siehe oben § 38 unter No. 2.

tümer auch ohne Remancipation, die man vielleicht aus Bequemlichkeit unterlassen hatte.

Bei der Gläubigerfiducia vor der Bezahlung sind dann wieder drei Möglichkeiten in Betracht zu ziehen: der Schuldner behält die Sache ohne weiteres, sie wird ihm als Precarium gelassen, sie wird ihm vermietet.

Wo dem Schuldner die Sache ohne weiteres gelassen wurde, griff sofort die usureceptio Platz. Es werden dies Fälle gewesen sein, bei welchen der Gläubiger mit Sicherheit darauf rechnete, daß die Schuld binnen Jahresfrist werde abgetragen sein.

Precarium und Miete schloßen die usureceptio aus. Die Miete, als das jüngere Rechtsgebilde, lasse ich hier wiederum bei Seite, und ziehe lediglich das Precarium in Betracht.

Also ein Fiduciarschuldner, welcher die Sache precario zurückbehalten hatte, konnte nicht usurecipieren. Wie mochte dann aber dabei unsere Regel in Betracht kommen? Wie konnte der Fiduciarschuldner Vorwände finden, usurecipieren zu wollen?

Ich denke mir, in dieser Weise.

Der Satz, daß das Precarium auf die Erben des Einräumenden übergehe, wird auf Sabinus und Celsus so wie Labeo zurückgeführt [1]), also zu Zeiten der Republik noch nicht gegolten haben. Zu Zeiten der Republik hörte also das Precarium mit dem Tode des Einräumenden auf. Es taucht daher die Frage auf, ob nach dem Wegfall des Precariums der Fiduciarschuldner usurecipieren konnte. Hier dürfte unsere Regel ein Hindernis gewesen sein. Denn wenn auch das Precarium erloschen, so haben wir es doch immer noch mit jemand zu thun, der precario rogauerit, ut eam rem possidere liceret; und ein solcher sollte ja nach Gajus von der Usurception ausgeschlossen sein [2]).

1) fr. 8 § 1 de precario 43, 26.

2) Anlangend den Sprachgebrauch vgl. man fr. 4 § 4 de prec. Hier ist von einem qui precario rogauerit die Rede, obwohl eine Zeit in Frage steht, für welche gar nicht um ein Precarium gebeten war. Die Worte sind doch wohl nicht mit Mommsen zu streichen.

In ſpäterer Zeit blieb es noch immer möglich, das Precarium durch beſondere Vereinbarung auf die Lebenszeit des Einräumenden zu beſchränken[1]); hier wird dann zunächſt dasſelbe gegolten haben.

Wie das Precarium urſprünglich activ, ſo war es auch paſſiv unvererblich. Dieſer Satz galt vielleicht zur Zeit des Celſus[2]) unbeſtritten, Ulpian[3]) verwirft ihn zwar allgemein, aber noch Paulus[4]) iſt auf Seiten des Celſus zu finden. Eine Mittelſtellung nahm Papinian ein.

Papinianus fr. 11 de diu. temp. 44, 3.

quamuis enim precarium heredem ignorantem non teneat nec interdicto recte conueniatur, tamen usucapere non poterit, quod defunctus non potuit.

Papinian unterſcheidet alſo zwiſchen einem wiſſenden und nichtwiſſenden Erben. Auf den nichtwiſſenden Erben ſoll das Precarium nicht übergehen, wohl aber, ſo werden wir folgern dürfen, auf einen wiſſenden[5]). Als nun noch das Precarium auf einen wiſſenden Erben nicht überging, oder dieſes wenigſtens ſtreitig war, hätte ihm gleichwohl die Uſureception verſagt ſein können.

Dieſen Gedanken legt beſonders nahe die bereits angeführte Stelle von Paulus.

Heres eius, qui precariam possessionem tenebat, si in ea manserit, magis dicendum est clam uideri possidere: nullae enim preces eius uidentur adhibitae. et ideo persecutio eius rei semper manebit nec interdicto locus est.

---

1) fr. 4 Locati 19, 2. Hinter qui locauit ſchlägt Mommſen in Anlehnung an Haloander vor, deditue einzuſchalten. Pomponius wird ſo geſchrieben haben. Aber wegen der Entwicklung, die das Precarium auf Zeit ſpäter genommen, wie wir ſogleich ſehen werden, könnte hier auch eine abſichtliche Streichung der Compilatoren vorliegen.

2) fr. 12 § 1 precario 43, 26.

3) fr. 8 § 8 eodem.

4) Sent. 5, 6 § 12.

5) Anderer Meinung freilich Ubbelohde, Archiv für die civ. Praxis, Bd. 59, S. 241.

Mit dem Tode des Precariſten hört das Precarium auf. Bleibt der Erbe gleichwohl auf dem Grundſtücke, ſo iſt er heimlicher Beſitzer. Vom Interdictum de precario kann alſo keine Rede ſein, wohl aber ſoll eine persecutio rei, d. h. wohl Vindication, ſtets ſtattfinden. Iſt dieſes semper in vollem Wortverſtande zu nehmen, ſo wird davon auch die usureceptio betroffen. Von verſchiedenen Seiten iſt darauf hingewieſen, daß dieſe Stelle des Paulus nur unvollſtändig auf uns gekommen ſein werde [1]). Unmöglich wäre demnach gerade nicht, daß Paulus der usureceptio ausdrücklich gedachte.

Für den Fall einer Arrogation wird man auch wohl nicht immer Fortdauer des Precariums angenommen haben [2]), ſo daß die Entwicklung hier eine ähnliche geweſen ſein könnte.

Endlich wäre noch das auf eine beſtimmte Zeit eingeräumte Precarium zu beachten. Nach Ulpian dauert dasſelbe nach abgelaufener Zeit fort.

Ulp. fr. 4 § 4 de prec. 43, 26.

intellegitur enim dominus, cum patitur eum qui precario rogauerit possidere, rursus precario concedere.

Anders dachte in dieſer Beziehung noch

Pomp. fr. 5 eodem.

Sed si manente adhuc precario tu in ulterius tempus rogasti, prorogatur precarium: nam nec mutatur causa possessionis et non constituitur eo modo precarium, sed in longins tempus profertur. si uero praeterita die rogas, propius est, ut soluta iam causa precarii non redintegretur, sed noua constituatur.

Bringen wir dieſe Anſicht des Pomponius jetzt mit unſerer fiducia in Verbindung. Ein Fiduciarſchuldner hat ſeinem Gläubiger nach ſechs Monaten Zahlung verſprochen und ſo lange das Grundſtück als Precarium erhalten. Der Schuldner iſt nicht in der Lage, innerhalb der vereinbarten Friſt ſeine Schuld zu berichtigen; deshalb wird innerhalb der ſechs Mo-

1) Vgl. Bangerow, Pand. Bd. 3[7], S. 612; Ubbelohde a. a. O.
2) Vgl. fr. 16 de prec.

nate die Zahlung wie auch das Precarium um drei weitere Monate hinausgeschoben. Das ist der erste der von Pomponius ins Auge gefaßten Fälle.

Der Termin ist bereits abgelaufen, es wird aber nachträglich vom Gläubiger eine dreimonatliche Frist wie ein neues Precarium von drei Monaten bewilligt. Dies ist der andere Fall.

Betrachten wir uns jetzt die im zweiten Falle bleibende Zwischenzeit ein wenig näher. Der Precaristenbesitz hat aufgehört, was ist aber an seine Stelle getreten? Schwerlich Detention, wie Bekker[1]) meint. Als Precarist hatte der Schuldner gegen jedermann das Interdictum Uti possidetis, nur nicht gegen den Gläubiger[2]). Jetzt ist auch diese Schranke gefallen; der Besitz kehrt in seinen früheren Zustand zurück; es liegt eine Besitzumwandlung vor, zwar nicht animo, aber durch Zeitablauf.

Also seinen vollen Interdictenbesitz erhält der Fiduziarschuldner wieder. Kann er nun aber usurecipieren, obwohl er seine Schuld nicht bezahlt hat? Diese Usureception könnte einem solchen Schuldner möglicherweise versagt worden sein.

So haben wir denn in der pro herede usucapio und der usureceptio zwei wichtige Anwendungsfälle für unsere Regel kennen gelernt[3]); und jetzt wird es uns vielleicht so schwer nicht mehr, uns die Regel zu erklären.

Bei ruhender Erbschaft konnte jeder zugreifen und pro herede usucapieren. Warum sollte hiervon der ausgenommen sein, der schon bei Lebzeiten des Testators Besitzer oder Detentor geworden war? Sehen wir auf den ursprünglichen Grundgedanken der pro herede usucapio, so hat diese Beschränkung kaum einen Sinn. Wenn man nun hier gleichwohl unsere Regel zur Anwendung brachte, so war dies bereits eine Untergrabung des Grundgedankens. Unsere Regel arbeitete

1) Recht des Besitzes, S. 134.

2) fr. 17 de precario 43, 26.

3) Es sind aber keineswegs die einzigen, wie noch Pernice, Labeo, Bd. 2, S. 192, 193, wenigstens für die klassische Zeit annimmt.

hier also dem unter Hadrian erlassenen Senatusconsulte vor[1]), indem zunächst auf einem wichtigen, vielleicht dem wichtigeren Gebiete die pro herede usucapio beseitigt wurde.

Die Usureception war gestattet, wenn kein Precarium eingeräumt war. Ursprünglich hörte das Precarium auf mit dem Tode des Einräumenden und des Precaristen, sowie durch Zeitablauf. Lag hier für einen Schuldner nicht folgende Betrachtung nahe: wäre mir kein Precarium eingeräumt, so könnte ich usurecipieren; dasselbe muß mir jetzt gestattet sein, wo das Precarium sein Ende erreicht hat? Ist nun meine Vermutung richtig, daß unsere Regel hier der Usureception im Wege stand; so hätte sie der Ausdehnung des Precariums nach allen drei Richtungen hin vorgearbeitet.

Und daß man diese Ausdehnung des Precariums beliebte, war nur Ausfluß einer ganz natürlichen Entwicklung. Von Haus aus war das Precarium ein auf unbestimmte Zeit angelegtes Verhältnis: bis die Fiduziarschuld, bis der Kaufpreis bezahlt worden. Damit hängt zusammen, daß das Interdictum de precario durch voraufgehende Mahnung vorbereitet werden mußte[2]), was zwar leicht begreiflich, bisher indes kaum beachtet zu sein scheint. Diese Unbestimmtheit hatte zunächst in der Lebensdauer beider von Rechtswegen eine Grenze; später kam dann auch ein Precarium auf bestimmte Zeit auf. Aber das Precarium hat alle diese Schranken durchbrochen.

Kehren wir jetzt zum Julian'schen fr. 33 § 1 de usurp. zurück. Julian muß hinter idque per haec probari posse Beispiele gebracht haben, welche von den Compilatoren gestrichen sind. Möglicherweise beschäftigte er sich hier mit der pro herede usucapio und usureceptio; oder vielleicht waren seine Beispiele lediglich von der usureceptio hergenommen. Jedenfalls kann er sich zunächst nur mit dem wirklichen Besitze beschäftigt haben. Dies zeigen die Ausnahmen, dann aber auch der folgende Satz:

1) Gai. 2, 57.

2) fr. 20 de precario 43, 26: si per emptorem stetit, quo minus persolueretur, uenditorem posse consequi.

cum haec igitur recipiantur in eius persona, qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec uiuo nec mortuo domino ullam possessionem habet?

Mit diesem Satze beginnt der zweite Teil der Stelle, welcher sich mit der Detention beschäftigt. Das Verfahren der Compilatoren diesem zweiten Teile gegenüber wird dasselbe gewesen sein, wie beim ersten Teile. Sie bringen nur Ausnahmebeispiele und werden die Beispiele für den Grundgedanken gestrichen haben. Der Grundgedanke Julian's war demnach vollständig dieser: niemand kann sich selber den Besitzesgrund ändern, und was vom Besitzer muß umsomehr vom Detentor gelten. In der jetzigen Verbindung hat quanto magis kaum einen vernünftigen Sinn. Es liegen nur Beispiele vor, wo eine Besitzesumwandlung gestattet ist; warum aber bei einem Detentor umsomehr die Besitzesumwandlung zulässig sein soll, da er doch weniger zu bedeuten hat als ein Besitzer, ist nicht wohl einzusehen.

Die beiden bisher betrachteten Anwendungsfälle für unsere Regel kommen für die Justinian'sche Gesetzgebung nicht mehr in Betracht; und wenn sich hier gleichwohl Stellen finden, welche nur von der alten pro herede usucapio verstanden werden können, so beruht deren Aufnahme auf einem Versehen der Compilatoren [1]). Andererseits fehlt es aber keineswegs an Beispielen, welche noch für das Justinian'sche Recht von Bedeutung sind. Einmal gehört hierher der in fr. 1 § 2 pro donato enthaltene Fall: eine vom Ehemann beschenkte Ehefrau kommt durch Scheidung nicht in die Lage, usucapieren zu können.

Ferner wäre zu erwähnen

c. 23 de locato 4, 65.

Ad probationem rei propriae siue defensionem non sufficit locatio ei facta, qui post de dominio coeperit contendere, cum nescientia dominii proprii et errantis

1) Vgl. G. Thon a. a. O. S. 101.

nullum habeat consensum: sed ex euentu, si uictus fuerit, contractus locationis non constitisse magis declaratur. nemo enim sibi iure possessionem mutare potest.

Dadurch allein, daß jemand an den Eigentümer vermietet, verwandelt er noch nicht seinen Besitz in Eigentumsbesitz: es muß Zustimmung des Mieters hinzukommen. Diese liegt aber nicht vor, wenn der Mieter von seinem Eigentume keine Ahnung hatte.

Bas. 20, 1, 85 beziehen den Schlußsatz auf den Mieter. Das ist durchaus unzulässig. Denn die hier in Frage stehende Besitzumwandlung ist ein Ausfluß der Willensthätigkeit; eine solche Thätigkeit hätte der Mieter höchstens zur Zeit des Mietsabschlusses entwickeln können; damals wußte er ja aber noch gar nichts von seinem Eigentume. Zudem würde ein solcher Mieter seine Lage verschlechtert haben, während unsere Regel gerade das Gegenteil verhindern will.

Die Auffassung der Basiliken scheint auf Krüger von Einfluß gewesen zu sein, der diesen Schlußsatz der c. 25 anhängen will. Mit Krüger erklärt sich Pernice[1]) einverstanden.

§ 41. Fortsetzung.

Besondere Beachtung verdient das delictsmäßige Handeln des Vertreters, und zwar sind es die zwei Begriffe furtum und Gewaltthat, mit denen wir uns in dieser Beziehung abzufinden haben.

I. Beim furtum haben wir zwischen beweglichen Sachen und Grundstücken zu unterscheiden. Wem Sachen geliehen oder in Verwahrung gegeben waren, der konnte sie unterschlagen, und auf diese Weise Besitzer werden; nur darüber gingen die Ansichten der römischen Rechtsgelehrten aus einander, ob hier zum furtum eine besondere contrectatio erforderlich sei oder

1) Labeo, Bd. 2, S. 192.

nicht[1]). Hätte man aber nicht in diesem Falle unsere Regel zur Anwendung bringen sollen? Dieser Einwand beschäftigt Paulus fr. 3 § 20 A. u. A. P. 41, 2.

Sed si is, qui apud me deposuit uel commodauit, eam rem uendiderit mihi uel donauerit, non uidebor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem.

Paulus bemerkt also: von Anwendung unserer Regel könne umsoweniger die Rede sein, als der Betreffende nicht einmal besitze.

Diese Begründung scheint einer weiteren Erklärung bedürftig zu sein. Sollen wir annehmen, daß der Grund eigens für den Fall zurecht gemacht wurde, und mithin als wertlos beiseite gelegt werden könnte? Oder sollen wir glauben, daß unsere Regel später nur noch auf den wirklichen Besitz Bezug gehabt hätte? Vielleicht haben wir weder das eine noch das andere nötig.

Zwar scheint der letztern Annahme eine Aeußerung von Marcell nicht ganz ungünstig zu sein, der hinsichtlich unserer Regel in fr. 19 § 1 A. u. A. P. sich so ausdrückt:

credibile est de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumberet etc.

Außerdem hebt Paulus bei dem Fall des beschenkten Ehegatten in fr. 1 § 2 pro donato besonders hervor:

possidere autem uxorem rem a uiro donatam Iulianus putat.

Allein bei Marcell handelt es sich, wie die Fortsetzung der Stelle zeigt, um einen ganz andern Gegensatz; und Paulus hat die Detention nirgends gänzlich ausgeschlossen. So dürfte denn den Aussprüchen beider schon die Vorstellung gerecht werden: daß der wirkliche Besitz zwar nicht das ausschließliche, aber doch das Hauptgebiet für unsere Rechtsregel geworden sei.

Das ist freilich noch immerhin eine Abweichung von der Anschauung Julian's, der in fr. 33 § 1 de usurp. unsere

1) Siehe oben § 6 S. 28.

Regel bei der Detention um ſo lieber, quanto magis, zulaſſen wollte. Mithin wäre eine Entwicklung dahin zu verzeichnen: daß bei unſerer Regel die Detention ſpäter mehr zurück-, und der wirkliche Beſitz mehr in den Vordergrund trat.

Dazu ſtimmt, daß Julian ſeine Detentionsbeiſpiele wählte, um der pro herede usucapio zu begegnen; daß aber gerade hier ſeit dem unter Hadrian erlaſſenen Senatusconſulte unſere Regel ziemlich bedeutungslos geworden war.

Mag man aber über die Aeußerungen des Paulus und Marcell denken, wie man will: ſo viel ſteht feſt, daß noch nach ihnen ſich unſere Regel der Detention keineswegs ganz verſchloſſen hat. Und hier komme ich wieder zurück auf den bereits erwähnten Gegenſatz von beweglichen Sachen und Grundſtücken.

Wir leſen bei Gellius N. A. 11, 18 § 13

> In quo (sc. Sabini libro de furtis) id quoque scribtum est, quod uolgo inopinatum est, non hominum tantum neque rerum mouentium, quae auferri occulte et subripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum; condempnatum quoque furti colonum, qui fundo, quem conduxerat, uendito, possessione eius dominum interuertisset.

Gellius gedenkt hier einer in einer Schrift des Sabinus de furtis erwähnten Anſicht[1]: auch an Grundſtücken ſei ein furtum möglich. Er ſcheint ſich darüber luſtig zu machen, da Grundſtücke doch nicht fortgetragen werden könnten. Das müſſen wir der Beſchränktheit dieſes Sammlers zu gute halten. Hervorgehoben werden mag in ſprachlicher Beziehung, daß ein Zuſammenhang zwiſchen furtum und ferre keineswegs ſicher iſt[2]; in juriſtiſcher Beziehung, daß furtum ein ſehr weiter Begriff iſt, der ſich ſehr füglich auf Grundſtücke anwenden ließ. Ferner handelt es ſich nicht etwa um eine Grille eines einzelnen

---

1) Daß Sabinus ſelber dieſe Anſicht hatte, iſt darum noch nicht notwendig. Vgl. Dirkſen, Beiträge, S. 169, 170.

2) Vgl. Vanicek, Griech.-Lat. Etym. Wörterbuch, Bd. 2, S. 603.

Gelehrten, sondern um eine Streitfrage, die noch in das Zeitalter Ulpian's hineinreichte[1]). Und diese Streitfrage hatte ihre gute Berechtigung.

Die Streitfrage betraf den wissentlichen Verkauf eines fremden Grundstückes[2]). Die Quellen bringen zwei Beispiele: Verkauf von Seiten des Pächters und desjenigen, der von einem leeren Grundstücke Besitz ergriffen hatte[3]). Wer hier ein furtum annahm, verschaffte dem Eigentümer die auf's Doppelte gehende furti actio, und entzog außerdem das Grundstück wegen Furtivität der Usucapion. Andererseits freilich ging dem Eigentümer der Besitz verloren.

Dieser letztere Punkt hat zwar bei einem leeren Grundstücke nichts zu bedeuten, worauf ich noch zurückkommen werde[4]). Anders steht aber die Sache beim Pächter. Wer hier die Möglichkeit eines furtum leugnete, hätte dabei von dem Gedanken getragen sein können, dem Verpächter den Besitz zu erhalten. Jedenfalls sehen wir das Recht diese Entwicklung nehmen.

Die römischen Grundbesitzer hatten allem Anscheine nach unter der Treulosigkeit ihrer Detentoren, besonders der Pächter, zu leiden. Einzelne Gelehrte wollten hier helfen mit ihrer Furtumtheorie. Aber auch die, welche diese Theorie bekämpften, waren darum nicht minder von Wohlwollen gegen die Grundbesitzer getragen: sie suchten ihnen den Besitz zu erhalten.

Die Sache hat dann den Verlauf genommen, daß man das Furtum beseitigte. Die Vorteile aber, welche man daraus herleitete, sind schließlich gleichwohl, wenn auch spät, den Grundbesitzern zu gute gekommen. Justinian entzog die von bösgläubigen Besitzern veräußerten Grundstücke der ordentlichen Er-

---

1) Ulp. fr. 25 pr. de furtis 47, 2. Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse.

2) Vgl. über diesen Fall des furtum § 3 de usuc. 2, 6.

3) Gai. 2, 51.

4) Siehe unten § 73.

sitzung [1]); und schon Zeno hatte einen Anspruch auf's Doppelte wenigstens gegen den Pächter zugestanden, der es hinsichtlich der Herausgabe zu einer Verurteilung kommen ließ [2]).

Während somit die Vorteile, welche die Anhänger der Furtumtheorie im Sinne hatten, den Grundbesitzern schließlich der Hauptsache nach doch noch zufielen, als die Streitfrage schon zu ihren Ungunsten entschieden schien; war man im Gegensatz zu dieser Theorie schon früher bemüht, den Verpächtern den Besitz zu erhalten. Das freilich konnte auch nach späterem Rechte nicht verhindert werden, daß ein Pächter das Grundstück preisgab und auf diese Weise einem dritten die Besitzergreifung ermöglichte. Aber den Pächter wußte man zu fassen, der sich selber mit Besitzaneignungsgedanken trug, während er auf dem Grundstücke blieb; und hier sehen wir wiederum unsere Rechtsregel eingreifen.

Impp. Diocl. et Max. c. 5 A. et R. P. 7, 32.

Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa ex colendi occasione ad iniquae uenditionis uitium esse prolapsum, praeses prouinciae inquisita fide ueri dominii tui ius conuelli non sinet.

Ein Pächter hat verkauft und auf diese Weise versucht, sich zum Besitzer zu machen. Das soll unzulässig und auf diese Weise eine Gefährdung des Eigentums nicht möglich sein.

Da von einer Gefährdung des Eigentums die Rede, wird man anzunehmen haben, daß der Pächter sich Ersitzungsbesitz beigelegt hatte.

Impp. Diocl. et Max. c. 1 In quib. caus. 7, 34.

Si is, cui colendum fundum dedisti, post instrumenta, quibus dominium ad te pertinere probari posset, per nouercam tuam subtraxit, hoc solo praescriptione temporis defendi non potest.

Ein Pächter hat sich die Eigentumspapiere des Verpächters zu verschaffen gewußt und glaubt, nunmehr ersitzen zu können.

1) Nou. 119 c. 7.

2) c. 33 de locato 4, 65; c. 10 Unde ui 8, 4.

Die erſtere Stelle hat Schwierigkeiten bereitet [1]), während man ſich um die zweite weniger gekümmert zu haben ſcheint. In der That ſind Schwierigkeiten vorhanden, ſobald wir uns auf den Standpunkt des fertigen Juſtinian'ſchen Rechtes ſtellen, weil, von hier aus betrachtet, die Entſcheidungen etwas gar zu ſelbſtverſtändlich ausſehen. Verſteht man aber nur die erſtere Stelle von der longi temporis possessio, was nahe liegen dürfte [2]), zumal die zweite Stelle ausdrücklich von derſelben handelt; und ſieht man zunächſt einmal ab von dem fertigen Juſtinian'ſchen Rechte: ſo wäre vielleicht folgende Erklärung möglich.

Das Erfordernis der bona fides iſt erſt von der usucapio auf die longi temporis possessio übertragen worden [3]), und zwar verhältnismäßig ſpät.

Das älteſte Beiſpiel tritt uns bei Papinian [4]) entgegen; hier ſteht aber Univerſalſucceſſion in Frage.

Eine Stelle aus Paulus [5]) verlangt ein iustum initium nur Gemeinden gegenüber, die ſehr leicht eine Sonderſtellung könnten eingenommen haben.

Von dieſen beiden Stellen abgeſehen begegnen wir der bona fides als einem Erforderniſſe der longi temporis possessio bei Rechtsgeſchäften unter Lebenden erſt in Reſcripten der Kaiſer Diocletian und Maximian [6]). Wir werden mithin annehmen können, daß die bona fides bei der longi temporis possessio damals noch nicht gar lange ein allgemeines Erfordernis geweſen ſein kann. Wenn aber bis auf dieſe Zeiten

1) Vgl. Schirmer, Zeitſchr. für Civilrt. u. Proc. N. F. Bd. 11, S. 455 flg.; Brinz, Jahrbuch von Bekker u. Muther, Bd. 3, S. 36 flg.

2) Brinz a. a. O. S. 37, glaubt, dies ſchon aus dem Ausdrucke conuellere folgern zu können, obwohl er dann doch die usucapio ebenfalls mithineinzieht.

3) Vgl. Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 1, § 94.

4) fr. 11 de diu. temp. praesc. 44, 3.

5) Sent. 5, 2 § 4.

6) c. 2 de praesc. longi temp. 7, 33 vom Jahre 286; c. 6 eodem vom Jahre 293; c. 9 eodem vom Jahre 294.

ein malae fidei possessor ſich auf longi temporis possessio berufen konnte, liegt für einen Pächter die Verſuchung gar ſo ferne nicht, ſich ebenfalls als ſolchen zu betragen. Aber dieſelben Kaiſer, welche das allgemeine Erfordernis des guten Glaubens für die longi temporis possessio einſchärften, brachten auch dieſen Pächtern gegenüber die Regel zur Anwendung, „niemand kann ſich ſelber den Beſitzgrund ändern“ [1]).

Die Regel finden wir ſogar ſchon früher gehandhabt. Denn als ein Ausfluß derſelben iſt doch wohl zu betrachten

c. 1 Comm. de usucapionibus 7, 30 vom Jahre 226.

Qui ex conducto possidet, quamuis corporaliter teneat, non tamen sibi, sed domino rei creditur possidere. neque enim colono uel conductori praediorum longae possessionis praescriptio quaeritur.

Darnach wäre die Entwicklung hier ähnlich geweſen wie bei der pro herede usucapio. Unſere Regel bahnt dem allgemeinen Ausſchluß der mala fides den Weg.

Dieſelben Künſte von Seiten der Pächter wiederholen ſich beim longissimum tempus.

c. 2 de praescr. XXX uel XXXX ann. 7, 39, vom Jahre 365.

Male agitur cum dominis praediorum, si tanta precario possidentibus praerogatiua defertur, ut eos post quadraginta annorum spatia qualibet ratione decursa inquietare non liceat, cum lex Constantiniana iubeat ab his possessionis initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederunt, eos autem possessores non conuenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem. Nemo igitur, qui ad possessionem conductor accedit, diu alienas res tenendo ius sibi proprietatis usurpet, ne cogantur domini aut amittere quod locauerunt aut conductores utiles sibi fortassis excludere aut annis omnibus super dominio suo publice protestari.

1) Vgl. noch c. 8 de usufructu 3, 33 vom Jahre 293; c. 8 de bon. auct. 7, 72 vom Jahre 294.

Die Stelle beweist, daß bereits Kaiser Constantin eine vierzigjährige Ersitzung eingeführt hatte [1]). Dieses Gesetz schrieb nun vor: ab his possessionis initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederunt. Unter dem initium werden wir dem ganzen Zusammenhange nach nur ein iustum initium verstehen können; diese Ersitzung hatte also keine bona fides zur Voraussetzung; nur ein sibi, nicht ein alteri possidere verlangte der Kaiser.

Diese Bestimmung hatten sich nun ebenfalls die Pächter zu nutze gemacht. Dagegen sehen wir hier die Kaiser Valentinian und Valens einschreiten: Pächter dürfen ihre Detention nicht in Ersitzungsbesitz verwandeln.

In's Justinian'sche Gesetzbuch paßt dieses Gesetz insofern nicht recht, als hier die außerordentliche Ersitzung guten Glauben zur Voraussetzung hat. Damit mag der Ausdruck possessionis initium zusammenhängen: vielleicht hatte der Urtext wirklich iustum initium, was der Zusammenhang gebieterisch fordert.

Savigny [2]) bringt diese Stelle mit der Klagverjährung in Verbindung. Allein die Worte „ius sibi proprietatis usurpet" weisen ausdrücklich auf eine Ersitzung hin. Ferner glaubt Savigny: das Mietsverhältnis bilde nur so lange ein Hindernis, als der Mieter das Recht des Eigentümers auf irgend eine Weise anerkenne. Auch diese Ansicht verstößt gegen den Wortlaut des Gesetzes. Es sollen diejenigen getroffen werden, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem. Darunter fallen nicht bloß die Mieter, welche wirklich zahlen, sondern um so mehr die, welche die Zahlung verweigern.

Für den Schlußsatz „aut annis omnibus super dominio suo publice protestari" habe ich nirgends eine eingehende Erklärung finden können. Brunnemann [3]) umschreibt: uel singulis annis coram testibus tenerentur protestari. Das

1) Hierauf bezieht sich auch c. 2 C. Th. de longi temp. praescr. 4, 13. Vgl. Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 1 § 17.

2) System, Bd. 5, S. 285.

3) Commentarius in Codicem, Lipsiae 1708, pag. 861.

giebt kaum einen erträglichen Sinn; zudem kann sich annis omnibus nur auf die Gesammtheit der Jahre beziehen.

Vielleicht hängt diese Bestimmung mit der Sitte der römischen Eigentümer zusammen, an ihren Grundstücken ihren Namen anzuheften [1]). Das ist ja auch ein öffentliches Bekunden, ein publice protestari. Darnach würden die Eigentümer, die stets dafür gesorgt hätten, daß ihr Name an ihren Grundstücken befestigt gewesen, von dieser Ersitzung nicht betroffen sein.

Bei der Klagverjährung wird des Detentors in folgender Weise gedacht:

c. 7 § 7 de praescr. XXX u. XXXX ann. 7, 39.

Nulla scilicet danda licentia — — conductori seu procuratori rerum alienarum dicendi ex quocumque temporum curriculo non debere se domino uolenti post completa conductionis tempora possessionem recipere eam reddere.

Savigny a. a. O. beschränkt diese Bestimmung ebenfalls auf den Detentor, welcher das Recht des Eigentümers auf irgend eine Weise anerkenne. Diese Beschränkung läßt sich aber hier ebenso wenig, wie bei der vorigen Stelle, mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang bringen.

Obwohl die dreißigjährige Verjährung keinen guten Glauben erfordert, darf sich der Detentor gleichwohl nicht auf dieselbe berufen. Er kann nicht sagen: ich will in dieser Beziehung wie sonstige bösgläubige Besitzer behandelt werden. Diesen Satz hat schon das römische Recht, wir brauchen uns also in dieser Beziehung gar nicht erst auf das kanonische Recht zu berufen.

Bisher betrachteten wir uns den Pächter im Verhältnis zum Ersitzungsbesitze und der Klagverjährung. Unsere Regel erscheint hier als der Vorläufer des später allgemein geforderten

1) Vgl. Jac. Gothofredus, Codex Theodosianus, Lib. 2, tit. 14, Lipsiae 1736, tom. 1 pag. 178. Ex his interim saltem locis id apparet, ius fuisse moremque priuato titulum suo fundo de suo nomine imponere, quo testaretur se dominum eius praedii esse. Marquardt, Privatleben der Römer, 1879, Bd. 1, S. 220, 221.

guten Glaubens. Von der alten lucrativen pro herede usucapio war der Detentor, also auch der Pächter ausgeschlossen. Die Usureception war dem Pächter ebenfalls versagt. Als guter Glaube noch keine allgemeine Voraussetzung der longi temporis praescriptio war, finden wir schon den Pächter von derselben fern gehalten. Die 40jährige Ersitzung Kaiser Constantin's sieht ab vom guten Glauben, aber der Pächter wird zurückgewiesen. Die 30- bezw. 40jährige Klagverjährung des Justinian'schen Rechts verlangt im allgemeinen keinen guten Glauben, ein Pächter darf sich aber nicht auf dieselbe berufen.

Unsere Rechtsregel, die sich gegen den bösen Glauben richtete [1]), ist hier also durch die spätere Entwicklung überholt worden, welche den guten Glauben in weiterem Umfange berücksichtigt, und macht auf uns daher einen etwas selbstverständlichen Eindruck. Da, wo sie aber vom Standpunkte des Justinian'schen Rechtes noch nicht selbstverständlich war, bei der Klagverjährung, hat man sich ihr zu entziehen gewußt.

Wie der Pächter sich keinen Ersitzungsbesitz aneignen durfte, stand unsere Regel auch dem Interdictenbesitze im Wege. Hierauf bezieht sich folgende bemerkenswerte Stelle.

Paul. fr. 32 § 1 A. u. A. P. 41, 2.

Si conductor rem uendidit et eam ab emptore conduxit et utrique mercedes praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet.

Ein Pächter hat verkauft und vom Käufer sofort wieder gepachtet. Damit die Sache dem ersten Verpächter vorerst verborgen bleibe, zahlt er auch diesem einstweilen die Pacht fort. Wie wird es hier mit dem Besitze?

Unzweifelhaft bleibt der erste Verpächter Besitzer: rectissime retinet. Denn wie hätte er um seinen Besitz kommen sollen? Von einer Besitzergreifung des Käufers ist nirgends die Rede. Ein furtum an Grundstücken ist nicht möglich. Außerdem steht dem Pächter der Satz im Wege: niemand darf sich selber den Besitzgrund ändern.

1) Vgl. einerseits fr. 38 § 1 de usurp., andererseits fr. 10 Si pars her. 5, 4.

Paulus beschränkt sich auf ein rectissime retinet, ohne diese Regel ausdrücklich anzuführen, obwohl die Entscheidung doch ein Ausfluß dieser Regel ist. Das mag mit seiner Neigung zusammenhängen, diese Regel auf den eigentlichen Besitz zu beschränken [1]).

Vorausgesetzt bei dieser Erklärung ist, daß res von einem Grundstücke zu verstehen sei. In dieser engen Bedeutung kommt res ja aber auch sonst vor [2]); zudem werden wir zu dieser Auslegung genötigt durch die Grundsätze, welche Paulus selber anderweitig für bewegliche Sachen entwickelt [3]).

Bekker [4]) hat sich in diese Entscheidung gar nicht zu finden gewußt und spricht von einer krassen Singularität. Also was einem römischen Rechtsgelehrten rectissime, erregt die Verwunderung eines heutigen. Das läßt auf einen tiefer liegenden Gegensatz zwischen römischer und heutiger Auffassung schließen. Ich werde auf die Sache zurückkommen.

II. So viel über das furtum und was damit zu verbinden war. Kürzer kann ich mich hinsichtlich der Gewaltthat fassen. Ein Pächter kann zwar nicht durch heimliches Handeln, wohl aber durch offene Gewaltthat dem Verpächter gegenüber Besitz erwerben. Dies liegt z. B. vor, wenn er den Verpächter oder dessen Bevollmächtigten an der Betretung des Grundstückes verhindert [5]).

§ 42. Fortsetzung.

Ich will jetzt die bisherigen Ergebnisse zusammenstellen und daran weitere Bemerkungen knüpfen.

Es giebt eine freiwillige und eine unfreiwillige Besitzesumwandlung. Uns kümmert hier nur die freiwillige.

Die freiwillige Besitzesumwandlung erfolgt meistens durch Vertrag mit dem Berechtigten oder demjenigen, den der Besitzer für den Berechtigten hält. Statt des Vertrages genügt

1) Vgl. fr. 3 § 20 A. u. A. P. 41, 2 und dazu oben, S. 269.

2) Vgl. oben § 1, S. 13.

3) fr. 3 § 18 A. u. A. P. 41, 2.

4) Recht des Besitzes, S. 221, Anm.

5) fr. 12, fr. 18 pr. de ui 43, 16.

aber auch Erbeinsetzung von Seiten des Berechtigten oder desjenigen, den der Besitzer für den Berechtigten hält, sowie Antretung der Erbschaft durch den Besitzer.

Dieser Punkt wird mehrfach in den Quellen hervorgehoben.

Ulp. fr. 6 § 3 de precario 43, 26.

cum uoluntate eius quem deiecit coeperit precario possidere.

Venuleius fr. 22 pr. eodem.

quibus a domino concedatur precario possidere.

Paul. fr. 1 § 2 pro donato 41, 6.

si — — maritus concesserit.

Und dies ist andererseits die extrinsecus accedens causa, an der es in c. 5 A. et R. P. fehlt.

Ein verwandter Fall ist die Umwandlung der Detention in Besitz. Auch diese kann erfolgen durch Vertrag wie Erbeinsetzung. Daneben beobachteten wir eine Umwandlung der Detention in unrechtmäßigen Besitz: bei beweglichen Sachen durch furtum, bei unbeweglichen Sachen durch Gewaltthat.

Das Gebiet beider Umwandlungen, sowohl des Besitzes wie der Detention, wird abgegrenzt durch die Regel: niemand kann sich selber den Besitzesgrund umwandeln. Die Regel ist vielen rätselhaft erschienen, vielleicht deshalb, weil sie gar zu selbstverständlich aussieht. Dies rührt indes daher, daß sie der Hauptsache nach durch eine Entwicklung überholt worden ist, die sie selber anbahnte: Erfordernis des guten Glaubens für alle Formen der Ersitzung.

Vielleicht haben aber auch noch andere Gründe auf das Verständnis dieser Regel nachteilig eingewirkt. Die Regel sagt, wann eine Besitzumwandlung nicht stattfinden soll. Was konnte man sich bei dieser Verneinung der Besitzumwandlung denken, da man sich um die Besitzumwandlung selber gar nicht kümmerte?

Und so ganz selbstverständlich kann die Regel am Ende doch wohl nicht sein, weil wir noch heutige Schriftsteller in dieser Beziehung fehlgehen sehen.

Vielfache Veranlaſſung zur Beſitzumwandlung bot das Precarium dar, und auf dieſen Fall muß ich noch einmal zurückkommen.

Ich bemerkte ſchon früher, daß bei einer ſolchen Beſitzumwandlung von einem Doppelbeſitze nicht die Rede ſein könne [1]). Wenn z. B. ein Fiduciarſchuldner das Grundſtück als Precarium behielt, ſo blieb er alleiniger Beſitzer, ohne daß daneben ein Beſitz des Gläubigers entſtand. In dieſer Beziehung verdient noch Beachtung

Ulp. fr. 13 § 7 A. u. A. P.

Si is, qui precario concessit, accessione uelit uti ex persona eius cui concessit, an possit, quaeritur. ego puto eum, qui precario concessit, quamdiu manet precarium, accessione uti non posse: si tamen receperit possessionem rupto precario, dicendum esse accedere possessionem eius temporis, quo precario possidebatur.

Die Stelle iſt mit Recht zum Interdictum Utrubi in Beziehung geſetzt worden [2]). Damit allein dürften aber keineswegs alle Schwierigkeiten gehoben ſein. Mindeſtens Bekker [3]) urteilt über dieſe Stelle: ſie „bleibt unklar, ſoviel darüber geſchrieben worden". Es handelt ſich hier um eine Beſitzumwandlung, worauf uns der Ausdruck concessit hinweiſt; und darnach ergiebt ſich folgende Erklärung.

Ein Schuldner habe einen Sklaven fiduciae causa mancipiert, aber precario zurückbehalten. Er war Beſitzer und bleibt alleiniger Beſitzer; der Gläubiger erhält durch ein ſolches Precarium keinerlei Beſitz. Das Precarium möge gedauert haben vom 20. Februar bis zum 20. März. Jetzt entſinnt ſich der Gläubiger, daß er dieſen Sklaven ſchon früher beſeſſen habe. Demgemäß ſtrengt er gegen den Schuldner das Interdictum Utrubi an. In dieſem Verfahren kann er ſich nicht die Zeit anrechnen, wo der Schuldner den Sklaven precario

1) Vgl. oben § 32.

2) Vgl. Bangerow, Pand. Bd. 1⁷, § 200, S. 358 flg.

3) Rt. des Beſ. S. 176, 177.

besaß. Denn wenn der Gläubiger auch mittelst des Interdictum de precario diesen Besitz erlangen kann, so hat er ihn doch damit noch nicht; zur Besitzesanrechnung ist aber nur ein gegenwärtiger Besitzer berechtigt [1]). Ebenso wenig kommt aber auch die Dauer des Precarium dem Schuldner zu gute, da diese Zeit über sein Besitz dem Gläubiger gegenüber ein precärer ist.

Anders steht die Sache, wenn der Gläubiger am 20. März den Besitz der Sache erlangte [2]), sei es gutwillig oder mittelst des Interdictum de precario: dann kann sich der Gläubiger schon die Zeit vom 20. Februar anrechnen.

Bekker [3]) findet es auffällig, daß die Frage gar nicht aufgeworfen werde, ob der Precarist accessio aus der Person des precario dans habe. Allein im Falle einer Besitzumwandlung konnte diese Frage gar nicht entstehen.

Ihering [4]) hat schon ganz richtig hervorgehoben, daß ein Precarium auch durch Besitzumwandlung entstehen könne; er nimmt aber an, daß dies nur seltene Fälle gewesen seien. Das kann ich gar nicht einmal zugeben.

Wenn z. B. in den Quellen hervorgehoben wird, daß ein Precarium auch unter Abwesenden begründet werden könne [5]); so ist es doch wohl das Natürlichste, hierbei an die Besitzumwandlung zu denken. Ein Hauptgebiet für diese Besitzumwandlung war namentlich seit alter Zeit die Fiducia. Hier hatte demnach der Gläubiger kein Interdictum recuperandae, sondern apiscendae possessionis.

Auf diese Weise erhält das Interdictum de precario große Aehnlichkeit mit dem Interdictum Saluianum. Der Unter-

---

1) fr. 13 § 12 A. u. A. P. 41, 2. Accessiones in eorum persona locum habent, qui habent propriam possessionem.

2) Receperit im Sinne von „erlangen". Vgl. Dirksen, Manuale unter recipere § 5.

3) a. a. O. S. 309, Anm. 1.

4) Grund des Bes.-Schutzes[3], S. 99.

5) Gai. fr. 9 de precario 43, 26; Paul. sent. 5, 6 § 11.

schied ist nur der, daß das eine gegen den Nichteigentümer, das andere gegen den Eigentümer gerichtet ward.

Als es dann aber später üblich und zulässig wurde, der Verpfändung ein Precarium beizufügen [1]), konnte das Interdictum Saluianum in seinem Bestande gefährdet erscheinen. Der Codextitel de precario et de Saluiano interdicto 8, 9, macht denn auch ganz den Eindruck, als ob man auf dem Wege gewesen sei, beide Interdicte mit einander zu verschmelzen.

Aber die Compilatoren müssen es dann schließlich doch nicht haben über sich gewinnen können, ein so alt ehrwürdiges Interdictum gänzlich fallen zu lassen. Sie haben ihm daher eine gewisse Selbständigkeit zu geben versucht, indem sie es gegen dritte richteten. Zu diesem Zwecke sind am Schlusse des von den Interdicten handelnden Digestentitels unter der Rubrik de Saluiano interdicto 43, 33, Aussprüche zurecht gestutzt worden, die ursprünglich einen ganz andern Sinn hatten [2]).

Außer der Umwandlung in Precaristenbesitz neben der alten fiducia kommen nach Gai. 2, 60 noch zwei andere Möglichkeiten in Betracht: entweder wird gar nichts ausgemacht, oder es wird ein Mietsvertrag abgeschlossen.

Wird gar nichts ausgemacht, so beginnt sofort die usureceptio. Der Gläubiger wird also darauf gerechnet haben, daß der Schuldner binnen Jahresfrist seine Schuld abtragen werde. Wie nun, wenn er sich täuschte? Das Jahr neigt vielleicht seinem Ende zu, ohne daß der Schuldner etwas von sich merken ließ. Auf diesen Fall könnte sich die possessionis impetratio bezogen haben, die wir neben der fiducia erwähnt finden [3]).

Wird ein Mietsvertrag abgeschlossen, so verwandelt sich der Besitz des Schuldners in Detention; der Besitz geht ver-

---

1) Ulp. fr. 6 § 4 de precario 43, 26.

2) Vgl. Lenel, Ztschrift für Rtsgesch. Bd. 16, S. 180 flg.

3) fr. 24 pr. de pign. act. 13, 7. si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus (fiduciam) possideret. Vgl. dazu Lenel a. a. O. S. 110, 111.

loren, ohne daß er vom Gläubiger erworben wird. Wir haben hier also einen Fall des Besitzesverlustes durch bloßen Willen. Die sonstigen Beispiele, welche die Quellen in dieser Beziehung enthalten, bringen uns ebenfalls den Mietsvertrag [1]; und zwar entspricht das am weitesten ausgeführte Beispiel wiederum einem Precariumfalle.

Bei Marcell [2] mietet der gutgläubige Besitzer dem Eigentümer die Sache ab, bei Pomponius bittet er um ein Precarium [3]. Wir stoßen hier demnach auf folgende Erscheinung: die Detention rückt in dasjenige Gebiet ein, das ursprünglich dem Precarium allein gehörte.

Einem Fiduciarschuldner mußte sehr daran liegen, sein Grundstück zu behalten. Er bittet also seinen Gläubiger um ein Precarium, später kommt daneben der Mietvertrag auf.

Für den, der ein Grundstück im guten Glauben gekauft hatte, mochte es eine recht unangenehme Entdeckung sein, wenn er später erfuhr, daß sein Verkäufer gar kein Eigentum gehabt habe. Aber er hat sich einmal auf dem Grundstücke häuslich eingerichtet. Gemildert wird das Unglück jedenfalls, wenn es ihm gelingt, den Eigentümer zu einem Precarium zu bewegen; später tritt auch hier daneben der Mietvertrag auf.

Dieses Einrücken der Detention in das Gebiet des Precarium klärt uns gleichzeitig auf über das historische Verhältnis der Besitzesumwandlung und des Besitzesverlustes durch bloßen Willen. Die Besitzesumwandlung ist das ältere Gebilde, aus der sich der Besitzesverlust durch bloßen Willen erst herausgearbeitet hat.

§ 43. Schluß.

Jetzt wäre noch auf die bisherige Behandlung der hier erörterten Fragen einzugehen. An einer allgemeinen Darstellung fehlt es; aber an einzelnen Beispielen, die hierher gehören, hat man sich versucht, zum Teil in recht eigentümlicher Weise. Zwei

1) Siehe oben § 86.

2) fr. 19 pr. A. u. A. P. 41, 2.

3) fr. 6 pr. pro emptore 41, 4.

Schriftsteller mögen hierfür zum Belege dienen: der eine für einen der Besitzumwandlung angehörenden, der andere für einen die Rechtsregel „niemand kann sich selber den Besitzgrund ändern" betreffenden Fall.

Savigny beschäftigt sich mit der Besitzumwandlung bei Gelegenheit der sog. breui manu traditio [1]). Er versteht unter dieser Tradition teils Uebertragung des Eigentums, da der Besitz schon übergegangen war, teils Uebertragung des Besitzes, da der andere bisher die bloße Detention hatte.

Mit einer Tradition haben wir es nun freilich in keinem der beiden Fälle zu thun: vielmehr liegt im einen Falle eine Besitzumwandlung, im andern Falle eine Umwandlung von Detention in Besitz vor [2]).

In Bezug auf die eigentliche Besitzumwandlung sagt dann Savigny wörtlich:

„welcher Fall uns hier nicht interessiert, indem er durchaus keine Veränderung des Besitzes begründet."

Dazu ist aber in der siebenten Ausgabe der Zusatz gemacht:

„Dieses muß anders ausgedrückt werden, da hier in der That der Besitz herüber und hinüber geht."

Verwiesen wird auf System, Bd. IV, Beil. IX, N. VIII.

An dieser Stelle beschäftigt sich Savigny mit fr. 44 de don. i. u. et ux. Einer Ehefrau wird von einem dritten eine Sache ihres Mannes geschenkt; später erfahren beide Ehegatten das Sachverhältnis. Hier verwandelt sich Usucapionsbesitz in Schenkungsbesitz: interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factae donationis.

Savigny bringt diesen Fall ganz richtig in Verbindung mit fr. 21 § 1 A. R. D. sowie fr. 46 R. V. und bemerkt:

„Wenn meine Sache in fremdem Besitz ist, und ich den Besitzer (in Folge eines Kaufs oder einer Schenkung)

1) Rt. des Bes.[7], S. 243, 244.

2) Siehe oben § 39.

zum Eigentümer machen will, so wird er es unmittelbar, ohne sichtbar hervortretende Handlung."

Wie geschieht dies aber? Nach Savigny „durch ein sogenanntes constitutum possessorium mit unmittelbar darauf folgender breui manu traditio?"

Darnach hätten wir uns den Hergang so vorzustellen.

Derjenige, welcher einen andern seines Besitzes gewaltsam entsetzt hat, kaufe sich das Grundstück vom Eigentümer. Wie kommen wir hier zunächst zum constitutum possessorium? Doch wohl auf diese Weise. Der Dejicient faßt den Entschluß, für den Eigentümer den Besitz ausüben zu wollen, wird also Detentor. Hierzu gesellt sich dann die sog. breui manu traditio. Bei dieser ist in körperlicher Beziehung nach Savigny nichts neues nötig, es bedarf nur einer Willensbestimmung. Beiderlei Willensbestimmungen müßten dann aber doch wohl gegenseitig ausgetauscht sein. Das gäbe folgende Verhandlung.

Der Dejicient kommt zum Eigentümer, um die fatale Geschichte aus der Welt zu bringen. Er macht ihm den Vorschlag eines Verkaufes; Eigentümer möge fordern, was er wolle; sie werden handelseinig, der Kaufpreis wird sofort ausgezahlt. Das ist nach meinem Dafürhalten für die hier beabsichtigte Besitzesumwandlung vollständig ausreichend. Mehr steht jedenfalls nicht in den Quellen, und mehr dürfen wir auch nicht hineinlegen.

Nach Savigny genügt das aber keineswegs. Zunächst muß ein constitutum possessorium hinzukommen. Der Dejicient erklärt also: den juristischen Besitz, den ich habe, gebe ich auf, und will als bloßer Detentor für dich, den Verkäufer, den Besitz ausüben.

Darauf dann wieder der Verkäufer: den Besitz, den du mir soeben übertragen, übertrage ich hiermit wieder an dich durch diese meine Erklärung, da du ja bereits Detentor bist.

Wir sehen, wir gelangen nach Savigny zu einem recht weitläufigen Verfahren. Schwerer wiegt aber der Vorwurf, daß es aus mehr als einem Grunde unmöglich ist.

Ein solches Constitutum possessorium und eine solche breui

manu traditio hätten jedes für sich eine eigene causa erfordert; hier liegt aber nur eine einzige causa, der Kauf, vor.

Das constitutum possessorium ist ein Fall des Besitzerwerbes durch Vertreter. Zu einem solchen Besitzerwerbe waren aber zu Zeiten der klassischen Juristen nur Procuratoren fähig.

Der Besitzerwerb eines Grundstückes erforderte Betreten desselben.

Endlich steht die Savigny'sche Auffassung mit den von ihm selber angeführten Stellen in augenscheinlichem Widerspruch. Nach Savigny wird erst der Verkäufer Besitzer und dann aufs neue der Käufer. In fr. 21 § 1 A. R. D. wird aber der Besitz des Verkäufers ausdrücklich verneint „quamuis possessio apud me non fuerit"; und in fr. 46 R. V. heißt es ebenfalls „dominium statim ad possessorem pertinet".

Ebenso verhält es sich mit dem Falle, von dem Savigny seinen Ausgang nahm. In fr. 44 de don. i. u. et ux. überzeugen beide Ehegatten sich davon, daß die Frau eine Sache ihres Mannes von einem dritten gekauft hat. Der Mann unterläßt es aber, sein Eigentum geltend zu machen, weil er die Sache der Frau schenken will. Hier wird ohne weiteres der Ersitzungsbesitz der Frau in Schenkungsbesitz umgewandelt. Nach Savigny hätte zu diesem Zwecke zwischen beiden Ehegatten folgende Verhandlung gepflogen werden müssen. Die Frau beginnt: diese unglückliche Sache, lieber Mann, will ich jetzt nur noch für dich besitzen (constitutum possessorium). Der Mann antwortet: liebe Frau, du sollst sie wieder für dich besitzen (breui manu. traditio). Neratius, von dem die betreffende Stelle herrührt, muß sich jedenfalls ein etwas schweigsameres Ehepaar vorgestellt haben; denn dieser setzt gar kein Zwiegespräch voraus: uindicareque eam poterit nec uolet et hoc et mulier noverit.

Savigny glaubt freilich sich auf den Ausspruch Ulpian's in fr. 3 § 12 de don. i. u. et ux. berufen zu können:

nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari.

Hier handelt es sich um folgenden Hergang. Ein Ehemann giebt seinem Schuldner Auftrag, an die Frau zu zahlen, der er das Geld schenken will. Durch eine solche Zahlung werden allerdings zwei Rechtshandlungen vorgenommen: Befreiung des Schuldners und Schenkung an die Frau. Das ist aber das gerade Gegenteil von dem Satze, der in Frage steht. Dort vollzieht sich eine Besitzumwandlung durch ein Rechtsgeschäft; Savigny ist aber bemüht, für dieses eine Rechtsgeschäft zwei Besitzerwerbe herauszubringen.

Ich wende mich jetzt einem andern Schriftsteller zu, um zu zeigen, daß gegen die Regel „niemand darf sich selber den Besitzgrund ändern" auch noch heutzutage gefehlt werden kann. Bekker[1]) bespricht eingehend den von Paulus in fr. 32 § 1 A. u. A. P. erörterten Fall, von dem er glaubt, daß er heutzutage ebenso gut sich zutragen könnte. „Der Herr lebe fern vom Gut, vielleicht im Auslande, der Pächter schickt demselben ganz regelmäßig den Zins und was er sonst schuldet. Inzwischen hält die ganze Nachbarschaft den Pachter für den Eigentümer, er geriert sich bei den Nachbarn als solcher und hat das Gerücht verbreitet, er habe vom früheren Herrn gekauft. Ein dritter kauft bona fide von ihm, besieht das ganze Gut und läßt dann den alten Pachter als seinen Pachter darauf."

Was zunächst die Möglichkeit des Falles im heutigen Rechte anbetrifft, so ist sie jedenfalls da eine fernliegende, wo das Hypothekenwesen, so wie es sein müßte, geordnet worden. Hier ist der Eigentümer aus dem Hypothekenbuche zu ersehen, und ein Gerücht, daß jemand Eigentümer sei, ohne daß das Grundstück auf ihn umgeschrieben worden, wird kaum entstehen, jedenfalls keinen vorsichtigen Käufer irre leiten.

Sodann legt Bekker einen Umstand in die Stelle hinein, wovon in derselben nichts steht. Nach Bekker hat sich der

1) Rt. des Bes., S. 220 flg.

Käufer das Gut angesehen, dasselbe also betreten. Dieser Umstand, weil nicht in der Stelle enthalten, möge zunächst einmal bei seite bleiben; zumal er bei Bekker selber dem Anscheine nach nicht von Ausschlag gebender Bedeutung sein soll.

Bekker meint: „der Käufer hat alles, was Savigny und was irgend andere zum Besitzerwerb fordern".

Bekker denkt zunächst an das Constitutum possessorium. Aber zum Constitutum possessorium ist doch Besitz erforderlich, den der Pächter als solcher nicht hat. Er kann ohne Wissen des Verpächters auch gar kein Besitzer werden. Denn hier kommt die Regel in Betracht „niemand kann sich selber den Besitzgrund ändern". Die Möglichkeit eines furtum an Grundstücken ist ja gerade von der zur Herrschaft gelangten Ansicht für Fälle dieser Art zu dem Zwecke verneint worden, um dem Eigentümer den Besitz zu erhalten.

Und wäre der Pächter wirklich Besitzer gewesen, so hätte dem Besitzerwerbe des Käufers noch immer das Hindernis im Wege gestanden, daß zu Paulus' Zeiten ein Besitzerwerb nicht durch jeden beliebigen Vertreter, sondern nur durch Procuratoren möglich war.

Das possessionem rectissime retinet des Paulus ruht also auf zwei Grundgedanken der römischen Besitzesauffassung.

Nehmen wir jetzt den von Bekker hineingelegten Umstand hinzu: der Käufer hat das Grundstück betreten, um sich dasselbe anzusehen; ja, fügen wir noch ausdrücklich hinzu, um Besitz zu erwerben.

Der Fall ist in dieser Ausgeprägtheit nicht in den Quellen entschieden; gleichwohl ist seine Entscheidung keineswegs so schwierig, wie sich Bekker vorzustellen scheint.

Der Pächter ist körperlicher Vertreter. Er bleibt das, wenn er schläft oder wahnsinnig wird; er bleibt dies, selbst wenn er einen entgegengesetzten Willen haben sollte: so lange er nur auf dem Grundstücke verweilt [1]). Alles dies ist zweifellos, sofern der Käufer das Grundstück nicht betritt.

---

1) Vgl. oben § 24.

Sollte nun das Betreten des Käufers die Willensfähigkeit des Pächters vermehren können? Ich vermöchte hierfür keinen Grund anzugeben. Dem Käufer, der auf dem Grundstücke erscheint, steht ein Körper gegenüber, dessen Inhaber das Recht die Möglichkeit entzogen hat, Besitz zu erwerben und folgeweise auf andere zu übertragen. Die Sache kann nicht anders liegen, als wenn wir den Körper des Pächters mit dem Körper des Verpächters vertauschen wollten. In diesem Falle steht dem Käufer der wirkliche Besitzer in leibhafter Gestalt gegenüber, aber dessen Wille ist durchaus nicht auf Aufgabe des Besitzes gerichtet. So hätten wir denn zwei Körper, deren einer Inhaber den Besitz behalten, deren anderer Inhaber den Besitz erwerben will. In solchen Fällen giebt schließlich die Machtentfaltung den Ausschlag [1]). Der Käufer könnte nur dadurch Besitzer werden, daß er den bisherigen Besitzer seines Besitzes gewaltsam entsetzte. Gerade so muß er auch dem Pächter gegenüber dastehen. Wenn er also diesen nicht entsetzt, sondern ruhig wieder fortgeht, so hat er nie Besitz erworben, und der Verpächter keine Minute seinen Besitz verloren.

Bekker meint: es würde gar so schwer nicht halten, in der Person des Käufers auch die Erfordernisse des Usucapionsbesitzes zusammenzufinden. Für die Zeit des Paulus, wenn wir einmal Besitzerwerb annehmen, gewiß nicht; und daran erkennen wir gleichzeitig, wie gefährlich für die Verkehrssicherheit, zumal bei den damaligen kurzen Fristen, die Bekker'sche Entscheidung hätte sein müssen. Aber nach Justinian'schem Recht sind die Voraussetzungen der ordentlichen Ersitzung keineswegs gegeben, da wissentlicher Verkauf einer fremden Sache vorliegt.

Bekker schließt mit dem verzweiflungsvollen Ausruf:

„Man mag sich drehen und wenden, wie man will, entweder muß hier eine „possessio plurium" zugelassen werden . . oder es ist eine krasse Singularität für den Bestand des Besitzes . . anzunehmen."

1) Vgl. oben § 32.

Allein weder sind hier die Bedingungen für eine possessio plurium vorhanden, noch beruht der Fortbestand des Besitzes auf einer Singularität, sondern stellt sich dar als eine Folge römischer Grundanschauung.

cc. § 44. Besitzesrückkehr.

Der Besitzesverlust durch bloßen Willen tritt uns am reinsten in der einfachen Besitzesaufgabe entgegen. Bei der Besitzesumwandlung beschäftigten wir uns mit Fällen, wo der Besitz zwar verloren geht, aber nur, um in anderer Gestalt bei derselben Person wieder zu erscheinen. Es giebt noch eine dritte Art des Besitzesverlustes durch bloßen Willen, wo sich mit diesem Verluste Rückkehr des Besitzes zum alten Besitzer verbindet. Das Precarium, das uns in der letzten Zeit schon so manche Beispiele geliefert hat, bringt uns auch diese Art des Besitzesverlustes.

Iauolenus fr. 21 § 3 A. u. A. P. 41, 2.

Qui alienam rem precario rogauit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum reuertitur.

Man hat die Stelle wohl mit dem Constitutum possessorium in Verbindung gebracht [1]). Von sonstigen Bedenken abgesehen, spricht dagegen schon der Wortlaut der Stelle. Iavolen spricht von einer Rückkehr des Besitzes zum Eigentümer, ohne uns irgendwelche Künsteleien zuzumuten. Auch ist es gar so schwierig nicht, die Entscheidung vom Standpunkte des Iavolen aus zu erklären.

Wir wissen von Iavolen, daß er mindestens bei beweglichen Sachen dem Grundsatze huldigte: ein Besitz könne durch bloßen Willen erworben werden [2]). Wir wissen ferner, daß dieselbe Ansicht auch bei Grundstücken Verteidiger fand, und daß noch Ulpian die Richtigkeit dieser Annahme dahingestellt sein läßt [3]). Möglich also, daß Iavolen ganz allgemein Besitz-

1) So schon Cuiacius, opera, tom. 8, c. 274.
2) fr. 51 A. u. A. P. und dazu oben § 31.
3) fr. 34 pr. eodem.

erwerb durch bloßen Willen behauptete, oder daß ihm bei obigem fr. 21 § 3 eine bewegliche Sache vorschwebte, gerade wie im § 2 ebendaselbst. Mit Annahme dieser oder jener Möglichkeit ist die Stelle erklärt: es verbindet sich hier mit dem Verlust durch bloßen Willen ein Erwerb durch bloßen Willen.

Der Satz, daß durch bloßen Willen Besitz erworben werden könne, ist später im allgemeinen preisgegeben, und dies ist der Standpunkt des Justinian'schen Rechtes. Aber unsere Stelle enthält nach dieser Richtung eine Abweichung; und diese Abweichung bedarf jetzt einer näheren Abgrenzung.

Veranschaulichen wir uns diese Abweichung zunächst durch ein Beispiel. Ein Verkäufer habe die verkaufte Sache zwar tradiert, aber nur precario, solange der Kaufgeldsrest noch nicht bezahlt worden. Dem Käufer wird es schwerer, als er anfangs glaubte, in nächster Zeit schon diesen Kaufgeldsrest zu zahlen; er zieht es also vor, sein Verhältnis zum Verkäufer in ein regelrechtes Mietsverhältnis umzugestalten.

Hier geht sein Besitz verloren, und der Besitz kehrt zurück zum Eigentümer.

Weil der Besitz zum Eigentümer zurückkehrt, so muß er ihn früher gehabt haben. Dieser Besitzerwerb durch bloßen Willen hat also ein Precarium zur Voraussetzung, das durch wirkliche Hingabe entstanden ist; es scheidet also aus das durch Besitzesumwandlung in's Leben gerufene Precarium.

Bei dem durch Hingabe entstehenden Precarium wird Doppeltbesitz begründet: der Precarist wird zwar Besitzer, aber ein Stück Besitz bleibt doch auch beim Geber zurück [1]). Wenn nun gerade hier sich eine Abweichung von der Regel erhalten hat, so mag man sich um so leichter darüber hinweggesetzt haben, als, genau genommen, kein voller Besitz zurückerworben wird, sondern nur der zurückgebliebene Besitzesrest seine volle Ergänzung wieder erhält.

Außer Javolen haben sich auch noch Pomponius und Ulpian

1) Vgl. oben § 32.

mit dem auf ein Precarium folgenden Mietsverhältnis beschäftigt; aber nur, um hervorzuheben, daß dann das letztere in Betracht komme, ohne auf die Besitzesrückkehr einzugehen. Beiden mag auch ein auf Besitzumwandlung beruhendes Precarium vorgeschwebt haben.

Ulp. fr. 10 pr. A. u. A. P. 41, 2.

quod si ante rogauit, postea conduxit, conduxisse uidebitur. potius enim hoc procedere uidetur, quod nouissime factum est: et hoc Pomponius ait.

Wohl zu unterscheiden von unserm Falle ist der, wenn Precarium und Mietsverhältnis gleichzeitig begründet werden. Hiervon handeln

Julianus fr. 33 § 6 de usurp. 41, 3.

Sed et si utrumque intercesserit et precarii rogatio et conductio, intellegitur creditor possidere et precarii rogatio non in hoc interponitur, ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere rem liceat.

Ulp. fr. 10 § 1 A. et A. P. 41, 2.

Idem Pomponius bellissime temptat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogauit non ut possideret, sed ut in possessione esset — — quod si factum est, utrumque procedit.

In der erstern Stelle ergiebt nicht bloß das intellegitur creditor possidere, sondern auch der ganze Zusammenhang: daß die Sache dem Mieter bezw. Precaristen hingegeben worden ist. Der Mieter übte also schon für den Gläubiger den Besitz aus; welchem Zwecke mag daneben das Precarium gedient haben? Wenn der Gläubiger von seinem Mieter zurückgewiesen wurde, so stand ihm das Interdictum de ui zu: was sollte, so möchte man fragen, ein weiterer Schutz? Allein dieses Interdictum de ui versagte einem Mieter gegenüber, der propter iustam et probabilem causam so gehandelt hatte [1]); solcher Einwand war bei einem Interdictum de precario ausgeschlossen; und so erscheint denn das Precarium hier als eine Verstärkung des Besitzesschutzes.

1) fr. 12 de ui 43, 16.

Die zweite Stelle kann man ebensogut von einem Falle verstehen, wo der Vermieter gar kein Besitzer war. Ein Fiduziargläubiger hat z. B. den Schuldner als Pächter auf dem Grundstücke behalten. Hier ist der Schuldner seines Besitzes verlustig gegangen, der Gläubiger hat ihn aber zunächst noch nicht erworben. Wenn nun der Gläubiger das Grundstück betreten wollte, aber vom Schuldner daran verhindert wurde: dann war ein Nichtbesitzer zurückgewiesen. Hier bewährte sich nun das Detentionsprecarium, das dem Gläubiger jeder Zeit ein Interdictum apiscendae possessionis verschaffte.

Dieser starke Besitzesschutz, welcher das Detentionsprecarium begleitete, mußte notwendig auf die Miete zurückwirken und dieselbe zu einem Verhältnis einseitiger Gebundenheit gestalten. Von diesem Gesichtspunkte aus hat neuerdings Degenkolb[1]) die beiden zuletzt berührten Stellen betrachtet. Dort wird als das Hauptanwendungsgebiet für diese Verbindung von Miete und Precarium auch ganz richtig angegeben: das Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner, sowie das Verhältnis von Käufer und Verkäufer vor erfolgter Zahlung des Kaufpreises[2]).

Sämmtliche Beziehungen, welche zwischen Detention und Precarium obwalten, werden von Ulpian in fr. 10 A. u. A. P. zusammengestellt. Wir haben mit folgenden Möglichkeiten zu rechnen:

Detention wird in Precaristenbesitz umgewandelt;

Precaristenbesitz wird in Detention umgewandelt;

Precarium und Detention gehen neben einander her.

Als Vertreterin der Detention erscheint aber einzig und allein die Miete; auch nur die ernstlich gemeinte: die Scheinmiete, das nummo uno conducere, wird ausdrücklich ausgeschlossen.

Uns hat hier näher die zweite Möglichkeit beschäftigt: Um-

1) Platzrecht und Miete, S. 177—187.

2) Vgl. z. B. fr. 20 § 2 Loc. Cond. 19, 2. Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, uelut cum emptor fundum conducit, donec pretium ei soluat.

wandlung des Precaristenbesitzes in Detention. Beruhte hier der Precaristenbesitz auf wirklicher Hingabe, so verband sich mit dieser Aufgabe des Besitzes eine Rückkehr desselben zum alten Besitzer; oder vielmehr: der Doppeltbesitz vereinfachte sich wieder zum alten Vollbesitz.

B. § 45. Ergebnisse für den leeren Besitz. Uebergang zum Folgenden.

Die allgemeinen Voraussetzungen für den leeren Besitz waren: leeres Grundstück und Möglichkeit gewaltfreier Besitzergreifung.

Ursprünglich verband sich mit dem Verlassen eines Grundstückes Besitzesverlust. Also war leerer Besitz eine Unterart des Besitzverlustes. Und da leerer Besitz durch die Möglichkeit gewaltfreier Besitzergreifung bedingt wurde, tritt dieser Begriff in Gegensatz zur gewaltthätigen Vertreibung. So ergeben sich für den Besitzesverlust die beiden Fälle: leerer Besitz und gewaltthätige Vertreibung. Diesen Zustand spiegelt noch eine alte Rechtsregel wieder: constat possidere nos, donec aut discesserimus aut ui deiecti fuerimus [1]).

Nun hat sich der positive Besitzesbegriff nach zwei Richtungen hin kräftig entwickelt. Es ist einerseits Besitzesfortdauer ohne körperliche Ausübung von Seiten des Besitzers möglich geworden; andererseits sehen wir Besitzesverlust bei fortdauerndem körperlichen Verhältnisse eintreten. Ferner hat sich der Gegensatz des leeren Besitzes, die gewaltthätige Vertreibung, ebenfalls umgestaltet.

A. Ergebnisse für den leeren Besitz.

Diese Entwicklung hat eine vollständige Verschiebung der Begriffe zu Wege gebracht.

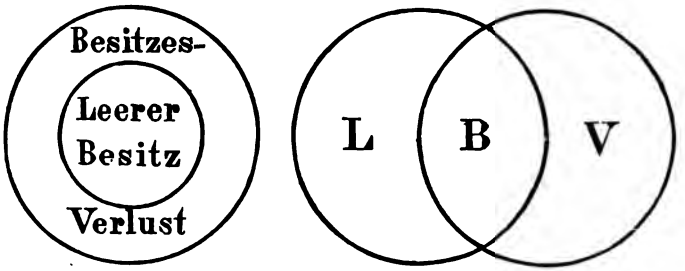
I. Vor allen Dingen hat nach späterem Rechte Verlassen des Grundstückes nicht notwendig Besitzesverlust zur

1) Vgl. oben § 28.

Folge. Darum braucht mit leerem Besitz nicht notwendig mehr Besitzesverlust verbunden zu sein.

Es kann allerdings leerer Besitz und Besitzesverlust noch zusammentreffen. Wenn z. B. jemand ein Grundstück verläßt, um es zu derelinquieren, so haben wir beides neben einander. Aber es braucht doch nicht mehr beides zusammenzutreffen.

Diese Verschiebung der Begriffe, die hier stattgefunden hat, können wir uns am besten durch zwei der Logik entlehnte Figuren veranschaulichen.



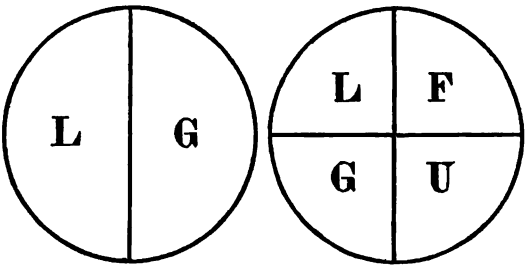
Ursprünglich findet ein Verhältnis der Unterordnung statt. Besitzesverlust ist der Gattungsbegriff, dem sich der leere Besitz unterordnet. Diesen Zustand veranschaulicht uns die Figur links.

Später ist mit leerem Besitz nicht notwendig mehr Besitzesverlust verbunden. Beides werden zwei Begriffe, die sich schneiden. Diesen Zustand veranschaulicht uns die Figur rechts.

B ist das gemeinschaftliche Gebiet für den leeren Besitz und den Besitzesverlust. LB bezeichnet das Gebiet des leeren Besitzes, und BV das Gebiet des Besitzverlustes. Demnach ist V das dem Besitzesverluste eigentümliche, und L das dem leeren Besitze eigentümliche Gebiet.

II. Außerdem haben die Arten des Besitzverlustes sich vermehrt. Dies mag durch folgende zwei Figuren verschaulicht werden.

Ursprünglich gab es nur zwei Arten des Besitzverlustes, die beide ein leeres Grundstück zur Voraussetzung hatten, L



und G: leerer Besitz und gewaltthätige Vertreibung. Später sind die beiden Arten F und U hinzugekommen: freiwilliger und unfreiwilliger Besitzesverlust bei fortdauerndem körperlichen Verhältnis.

III. Besondere Berücksichtigung erheischte die gewaltthätige Besitzesentsetzung.

Ihren Ausgangspunkt hat die gewaltthätige Entsetzung von dem Falle genommen, wo ein auf seinem Grundstücke anwesender Besitzer von dort durch physische Gewalt vertrieben wurde. Später ist dann nicht nur die Vertreibung durch Furchterregung, sondern auch die Verhinderung der Rückkehr hinzugekommen [1]). Ganz zuletzt ist eine gewaltthätige Besitzentsetzung auch möglich geworden, ohne daß der Besitzer von seinem Grundstück entfernt zu werden brauchte [2]).

Diese Entwicklung ergiebt folgende Verschiebung der Begriffe.

Ursprünglich war leeres Grundstück eine gemeinschaftliche Voraussetzung der Besitzentsetzung wie des leeren Besitzes. Die Besitzentsetzung ist dann über diese Voraussetzung hinausgegangen, indem sie auch möglich wurde, während der alte Besitzer auf dem Grundstücke blieb.

Der leere Besitz hat an der Voraussetzung des leeren Grundstückes und der Möglichkeit gewaltfreier Besitzergreifung festgehalten; aber wegen der Entwicklung, welche die Besitz-

1) Vgl. oben §§ 10 und 14.
2) Vgl. oben § 33.

entsetzung auch nach dieser Richtung hin genommen, von seinem Gebiete verloren.

Ursprünglich war das Verhältnis beider Begriffe dieses. War der auf seinem Grundstücke anwesende Besitzer von dort durch physische Gewalt vertrieben, so lag Besitzentsetzung vor; war er fortgegangen, ohne daß physische Gewalt gegen ihn angewendet, so sprach man von leerem Besitz.

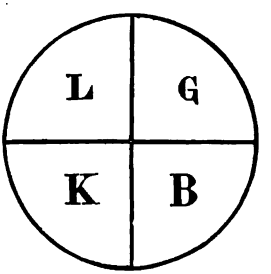
Später wird nun die Vertreibung durch Furchterregung der Besitzentsetzung eingereiht, also dieses Gebiet dem leeren Besitze entzogen.

Weiter wird selbst die Verhinderung der Rückkehr der Besitzentsetzung untergeordnet.

Hier entsteht nun die Frage: was haben wir unter Verhinderung der Rückkehr zu verstehen? Ist auch das Verhinderung der Rückkehr, wenn ein Besitzer Jahre lang fort war und von dem zurückgewiesen wird, der bereits Jahre lang sich auf dem Grundstücke befand?

Die herrschende Ansicht bejaht diese Frage, und läßt hier somit den leeren Besitz ganz ausfallen, oder müßte wenigstens zu dieser Auffassung gelangen. Die Römer unterscheiden aber zwischen kurzer und langer Abwesenheit. Nur die Verhinderung der Rückkehr im Falle kurzer Abwesenheit ist der Besitzentsetzung eingereiht worden.

Folgende Figur mag uns diese Entwicklung veranschaulichen.



L G einschließlich K ist leeres Grundstück; L K war ursprünglich das Gebiet des leeren Besitzes, G das Gebiet der gewaltthätigen Besitzergreifung. Später ist auch eine gewalt-

thätige Besitzergreifung möglich geworden, ohne daß der Besitzer vom Grundstücke entfernt zu werden brauchte: zur gewaltthätigen Besitzergreifung G ist das Gebiet B hinzugekommen. Außerdem hat der leere Besitz die kurze Abwesenheit, das Gebiet K, an die gewaltthätige Besitzergreifung abtreten müssen.

B. Uebergang zum Folgenden.

So ist denn der leere Besitz ein altertümlicher Begriff, der an seinen alten Voraussetzungen, Leerheit des Grundstückes und Möglichkeit gewaltfreier Besitzergreifung, festgehalten hat. Aber die Welt um ihn herum veränderte sich, und daher ist auch seine Stellung eine andere geworden.

Als der leere Besitz noch eine Unterart des Besitzverlustes war, fand er mit diesem seine Erledigung. Erst als leerer Besitz bei Besitzesfortdauer möglich wurde, gewann er eine selbständige Bedeutung.

Und sofern noch nach späterem Rechte der leere Besitz sich dem Besitzesverluste unterordnet, wie dies z. B. bei der Dereliction der Fall, bedarf er keiner weiteren eingehenden Erörterung. In dieser Beziehung genügt es, die Arten des leeren Besitzes durchzugehen und dabei auszuführen, wo gleichzeitig Besitzesverlust eintritt. Dies ist bereits im zweiten Kapitel geschehen, und am Schlusse desselben eine Zusammenstellung gegeben. Beiläufig wird dieses mit Besitzesverlust verbundenen leeren Besitzes noch einmal unten § 74 gedacht werden.

Die selbständige Bedeutung, welche der leere Besitz durch die Zurückdrängung des Besitzverlustes erlangt, ist ihm zum Teil wieder entzogen worden durch die Entwicklung, welche die gewaltthätige Entsetzung durchgemacht hat.

Wir sahen, wie sich die gewaltthätige Besitzentsetzung im Laufe der Zeit der kurzen Abwesenheit bemächtigte. Damit war im Falle kurzer Abwesenheit die Möglichkeit gewaltfreier Besitzergreifung ausgeschlossen; also der leere Besitz auf die lange Abwesenheit, bezw. Vernachlässigung des Grundstückes beschränkt.

Die lange Abwesenheit, bezw. Vernachlässigung des Grund-

stückes hat keinen Besitzesverlust zur Folge, wie bereits nachgewiesen wurde [1]). Ebensowenig liegt eine gewaltthätige Entsetzung vor, wenn ein lange Zeit Abwesender an der Rückkehr von demjenigen verhindert wird, welcher inzwischen vom Grundstücke Besitz ergriffen hatte. Die lange Abwesenheit hat leeren Besitz zur Folge, der hier weder im Besitzesverluste aufgeht, noch der gewaltthätigen Besitzentsetzung Raum darbietet. Der leere Besitz übt hier seine eigentümlichen Wirkungen aus, wie noch näher auseinanderzusetzen sein wird.

Ganz anders ist die kurze Abwesenheit von den Römern behandelt worden. Damit die Bedeutung des leeren Besitzes um so klarer hervortrete, muß auch dieser Punkt einer eingehenden Erörterung unterzogen werden.

Im letzten Kapitel war ich bemüht, die Entwicklung des Besitzbegriffes darzulegen und vom Besitzverluste so viel zu geben, als erforderlich war, um die verschiedene Stellung, welche der leere Besitz zu verschiedenen Zeiten einnahm, erkennen zu können. Dabei sind wir auf eine ganze Reihe von Sätzen gestoßen, die zu der Auffassung, welche man bisher dem Besitzesverluste entgegen gebracht hat, gar nicht recht passen wollen. Sollen diese Sätze voll und ganz verständlich werden, so wird nichts anderes übrig bleiben, als den Besitzesverlust wenigstens für Grundstücke voll und ganz zur Darstellung zu bringen. Daß dies für den Besitzesverlust überhaupt einmal not thut, darauf ist schon von andern [2]) hingewiesen worden. Mich treibt zu dieser Arbeit aber noch ein ganz besonderer Grund.

Die Einräumung leeren Besitzes war in alter Zeit der einzige Fall des freiwilligen Besitzesverlustes und ist bis auf Justinian der Hauptfall geblieben. Schlägt man aber die heutigen Lehrbücher auf, so ist sie nirgends zu finden. Mit dieser Einräumung soll sich nun zwar erst die zweite Abteilung dieses Abschnittes eingehend beschäftigen. Aber hier, wo ich von dem leeren Besitze als solchem handle, muß doch schon so viel gethan werden, daß der Einräumung ihr Platz angewiesen wird, wo

1) Vgl. oben § 6.

2) Vgl. z. B. Leist, Wechselbeziehung, S. 46.

sie hingehört. Dies kann nur geschehen durch eine allgemeine Erörterung des Besitzverlustes an Grundstücken.

So ergeben sich denn noch drei weitere Kapitel. In dem einen werde ich handeln von dem Besitzverluste an Grundstücken im allgemeinen, im zweiten von der kurzen Abwesenheit in besonderer Beziehung zur gewaltthätigen Entsetzung, im dritten von der langen Abwesenheit mit Rücksicht auf den leeren Besitz.

Was den leeren Besitz beim Tode des Vertreters anbetrifft, so kann derselbe zunächst als abgethan betrachtet werden. Einiges wird beim leeren Besitze von Todes wegen noch nachzutragen sein.

Viertes Kapitel.

Besitzesverlust an Grundstücken.

§ 46. Vorbemerkung.

Savigny[1]), dessen Auffassung in unserem Jahrhundert die maßgebende war, leitet die Lehre vom Besitzesverluste durch folgende Betrachtung ein:

„1. Soll der Besitz fortdauern, so muß ein körperliches Verhältnis und animus vorhanden sein.

2. Hat das eine allein, oder das andere allein, oder haben beide zugleich aufgehört, so ist der Besitz verloren."

Zunächst sieht man nicht ein, wozu es der dritten Möglichkeit überall noch bedarf, wenn Wille allein oder körperliches Verhältnis allein unter allen Umständen ausreichen, einen Besitzesverlust herbeizuführen. Jedenfalls ist es daher logisch weit richtiger, wenn schon Cuperus[2]) diese dritte Möglichkeit ganz fortläßt.

---

1) Recht des Besitzes[7], S. 330.

2) Observationes selectae de natura possessionis, ed. sec. Jenae 1804, pag. 144. Hier heißt es: Jus — — amitti statuit possessionem, quam primum uel corpore uel animo res desierit possideri.

Beschränken wir uns also auf die andern beiden Möglichkeiten.

In dieser Beziehung kann nun Savigny der Vorwurf nicht erspart werden, daß er die Besitzesfortdauer auf ganz verkehrte Grundlagen gestellt hat.

Einen Satz, daß die Besitzesfortdauer von einem fortdauernden Willen abhängig sei, hat es nie gegeben.

Fortdauerndes körperliches Verhältnis war allerdings einmal für den Besitz an Grundstücken Voraussetzung. Diese Auffassung hat man aber schon frühzeitig verlassen.

Hinsichtlich der beweglichen Sachen mag darauf hingewiesen werden, daß hier der Interdictenschutz wegen des „maiore parte huiusce anni fuit" von Haus aus gar nicht an ein fortdauerndes körperliches Verhältnis anknüpfte [1]). Man denke auch nur an den Besitz von Sklaven, von wo dieser Interdictenschutz, „utrubi hic homo", seinen Ausgangspunkt genommen zu haben scheint. Ferner an den Besitz von Tieren [2]). Und auch bei andern beweglichen Sachen tritt uns anlangend die Bedeutung des körperlichen Verhältnisses für die Besitzesfortdauer in den Quellen eine recht laxe Auffassung entgegen. [3])

Savigny glaubt freilich sich auf zwei Quellenstellen berufen zu können. Die eine ist fr. 153 R. J., wo er wegen des utrumque zu einer sprachlichen Unmöglichkeit gelangt. [4]) Die andere, fr. 44 § 2 A. u. A. P., wird von ihm so weit ausgeschrieben:

eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti uel animo uel etiam corpore.

Savigny wundert sich darüber, daß die Stelle gewöhnlich übersehen sei. Seit Savigny ist sie bekanntlich fast von allen Schriftstellern als Beweisstelle benutzt worden. Aber

1) Bruns, Besitzklagen, S. 167 flg.

2) Vgl. oben § 30 i. A.

3) Vgl. z. B. Pap. fr. 44 pr. A. u. A. P. 41, 2. et nihil interest, pecuniam in meo an in alieno condidissem.

4) Vgl. oben § 29.

ihrem Urheber Papinian hat es durchaus fern gelegen, eine den Besitzverlust allgemein umfassende Regel aufzustellen. Dies leuchtet sofort ein, sobald wir nur die Stelle ein wenig weiter ausschreiben. Unmittelbar nach den mitgeteilten Worten fährt nämlich Papinian so fort:

si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus.

Papinian sagt also gar nicht, daß der Besitz teils durch Willen, teils durch körperliches Verhältnis verloren gehe; die beiden Möglichkeiten, welche er einander gegenüberstellt, sind vielmehr: einerseits der Wille, andererseits der Wille und die Beseitigung des körperlichen Verhältnisses. Ferner bewegt sich Papinian hier auf einem sehr engen Gebiete des Besitzesverlustes. Er handelt von dem freiwilligen Besitzesverluste bei Grundstücken unter der Voraussetzung, daß sich der Besitzer darauf befindet.

So werden wir denn wohl den Besitzesverlust nicht in der von Savigny versuchten Weise mit der Besitzesfortdauer in Verbindung bringen können. Vielmehr dürfte es richtiger sein, dem Ziele geradewegs zuzusteuern und zuerst nach den Aufhebungsgründen zu fragen. Denn haben wir diese, so wissen wir auch, wie lange der Besitz dauert. Bei Aufsuchung dieser Aufhebungsgründe mag uns dann der Quellenausspruch des Paulus leiten: Besitz geht auf vielerlei Weise verloren. [1])

Vom Standpunkte des späteren Rechtes aus, das uns hier allein beschäftigen soll, unterscheiden wir am zweckmäßigsten zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzesverlust; außerdem sind aus einander zu halten die einfachen Fälle von dem durch Stellvertreter ausgeübten Besitze.

Der Einfluß, welchen der Tod auf die Besitzesverhältnisse hat, lassen wir hier überall beiseite [2]).

1) fr. 80 § 1 A. u. A. P. 41, 2. possessionem amittimus multis modis.

2) Nach Strohal, Succession in den Besitz, S. 113 flg. sind nur folgende Vorgänge geeignet, den Besitzthatbestand bei Grundstücken aufzuheben: Wegfall des besitzenden Subjects; Erklärung des Besitzers; Untergang

I. Freiwilliger Besitzesverlust.

A. Die einfachen Fälle.

1. § 47. Uebersicht.

Mit der freiwilligen Besitzesaufgabe verbindet sich entweder die Absicht, einer bestimmten Person zum Besitzerwerbe Gelegenheit zu geben, oder es ist diese Absicht nicht vorhanden.

I. Eine bestimmte Person soll erwerben.

1. Einräumung leeren Besitzes.

Wir haben hier zwei Fälle zu unterscheiden: die Aufhebung des körperlichen Verhältnisses konnte gleichzeitig mit der Aufgabe des Besitzes erfolgen, oder dieser Besitzesaufgabe bereits voraufgegangen sein.

2. Aufgabe des Besitzes, während der Besitzer auf dem Grundstücke bleibt, durch bloßen Willen.

Dies kann, wie wir bereits sahen, in dreierlei Gestalt vor sich gehen[1]).

Wir geben den Besitz auf, um ihn in anderer Weise wieder zu erwerben: Besitzesumwandlung.

Wir geben den Besitz auf, damit ein anderer durch Betreten des Grundstückes Besitz erwerbe: unser Besitz wandelt sich also um in Detention.

Der dritte Fall liegt endlich dann vor, wenn sich mit meiner Besitzesaufgabe ohne weiteres Rückkehr des Besitzes zum alten Besitzer verbindet.

3. Das sogenannte Constitutum possessorium.

Das Wesen desselben besteht darin, daß jemand seinen Besitz aufgiebt, um als Detentor für einen andern Besitz zu erwerben.

Das Constitutum possessorium gehört, was den Erwerb

---

der Sache; Dejection; so weit gehende Negligenz des Besitzers, daß in Folge derselben jeder unbefangene dritte den Eindruck gewinnen muß, die Sache sei von jenem aufgegeben.

1) Vgl. §§ 34—44.

anbetrifft, in's Gebiet der Stellvertretung, vom Standpunkte des Besitzverlustes aus aber zu den einfachen Fällen.

Es erfolgt hier der Verlust nicht durch bloßen Willen, sondern durch Willen und Aufhebung des körperlichen Verhältnisses, da dieses körperliche Verhältnis ja sofort für einen andern in Betracht kommt.

II. Der Erwerb einer bestimmten andern Person ist nicht in's Auge gefaßt.

Hierher gehört zunächst die Dereliction [1]).

Sodann kann der Verlust ein derartiger sein, daß ein Besitz an derselben Sache überhaupt für andere ausgeschlossen erscheint. Dies trat ein, wenn ein Römer ein Grundstück zu einem locus religiosus machte.

Paul. fr. 30 § 1 A. u. A. P. 41, 2.

ueluti si mortuum in eum locum intulimus, quem possidebamus: namque locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi contemnamus religionem et pro priuato eum teneamus.

Heutzutage ist dieser Fall unpraktisch.

Dernburg [2]) hat auf Grund der letzteren Stelle den allgemeinen Satz aufgestellt: „die Aufhebung der Verkehrsfähigkeit der besessenen Sache beendigt den Besitz." Er denkt dabei vornehmlich an öffentliche Sachen [3]), behauptet dann doch aber selber [4]): „dagegen haben nach der heutigen Auffassung Staat und Gemeinde Besitz an ihren öffentlichen Sachen und possessorischen Schutz."

Also wenn jemand ein Grundstück an eine Gemeinde verkauft, damit es zu einem öffentlichen Wege benutzt werde, so geht der Besitz nicht überhaupt unter, sondern auf die Gemeinde über.

Man kann Dernburg gar nicht einmal allgemein zu-

1) Vgl. darüber § 18 i. A.
2) Pandekten, Bd. 1, § 182, S. 417.
3) Ebendaselbst, § 71, S. 162.
4) Ebendaselbst, § 176, Anm. 4, S. 399.

geben, wenn er a. a. O. sagt: „der Besitz an öffentlichen Sachen ist Privaten verschlossen.“ Denn wenn z. B. eine Gemeinde einen Weg eingehen läßt und an Private verkauft, so verwandelt sich öffentlicher Besitz in Privatbesitz.

Von den angeführten Besitzaufhebungsgründen erfordern noch eine besondere Erörterung: die Einräumung leeren Besitzes und das sog. constitutum possessorium. Dies kann aber erfolgreich nur geschehen, indem ich gleichzeitig mit in Betracht ziehe die Besitzumwandlung und die Umwandlung des Besitzes in Detention. Ich habe mich freilich mit den beiden zuletzt genannten Aufhebungsgründen bereits ausführlich beschäftigt, und auch der Einräumung leeren Besitzes sind wir bereits mehrfach begegnet; aber alle diese Ergebnisse müssen noch teils unter sich, teils zum constitutum possessorium in nähere Beziehung gebracht und zu diesem Zwecke teilweise ergänzt werden.

2. Einzelne Fälle.

a. § 48. Die Einräumung leeren Besitzes.

Die beiden bereits angegebenen Fälle sind auseinander zu halten.

In dem Falle, wo die Aufhebung des körperlichen Besitzes gleichzeitig mit der Aufgabe des Besitzes erfolgte, nahm noch Papinian sofortigen unbedingten Besitzesverlust an [1]). Diese Auffassung war in älterer Zeit die allein mögliche. Der bedingte Besitzesverlust ist überhaupt eine sehr junge Rechtsbildung [2]). Zufolge eines allgemeinen Ausspruches von Ulpian [3]) werden wir aber schon vom Standpunkte des positiven römischen Rechtes annehmen können, daß der Besitzesverlust auf der einen Seite durch Besitzerwerb auf der andern Seite bedingt sein sollte.

---

1) fr. 44 § 2 A. u. A. P. 41, 2. possessionem amitti — — corpore, si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus.

2) Julianus fr. 38 § 1 eodem: hoc amplius existimandum est possessiones sub condicione tradi posse.

3) fr. 34 pr. eodem. Vgl. dazu oben § 20 g. E.

Ging die Aufhebung des körperlichen Verhältnisses der Besitzesaufgabe voraus, so trat noch nach Papinian der Besitzesverlust nicht früher ein, als bis der bisherige Besitzer Kunde von der erfolgten Besitzergreifung erlangt hatte [1]). Zufolge eines allgemeinen Ausspruches von Ulpian werden wir auch hier Besitzesverlust schon im Augenblicke der Besitzergreifung annehmen können.

Bisher ist die Einräumung leeren Besitzes nicht richtig zur Geltung gekommen. Dies mag zum Teil darauf beruhen, daß wir heutzutage beim Besitzesverlust durch Tradition gleich an die Volltradition zu denken pflegen. Aber richtiger dürfte es sein und für das Verständnis des römischen Rechtes jedenfalls geboten: die Aufgabe und den Erwerb des Besitzes auseinander zu halten. Der Erwerb vollzieht sich, sowie der Erwerbensollende das Grundstück mit seinen Füßen betritt. Der Verlust knüpft dagegen an die Einräumung an, wenn er auch zunächst nur noch ein bedingter ist.

Das mag *ein* Grund sein, weshalb man die Einräumung leeren Besitzes so sehr vernachlässigte. Vor allen Dingen kommt aber noch ein anderer Umstand in Betracht.

Man nimmt heutzutage vielfach eine Volltradition an, wo in der That nichts anderes, als Einräumung leeren Besitzes vorliegt. Der neueste Herausgeber eines Pandektenlehrbuches mag hierfür als Beleg dienen. *Dernburg* [2]) sagt wörtlich:

> „Die Tradition von Grundstücken kann sich nach den Aussprüchen römischer Juristen durch Ueberweisung in der Nähe, z. B. von einem Turm aus, vollziehen. Aber die Nähe ist nicht schlechthin notwendig. Der Käufer z. B. kann einen Acker, eine Wiese, die in freiem Felde liegen, unter Umständen sehr wohl dadurch in seinen Besitz bringen, daß er in der entfernten Notariatsstube den Besitz zu ergreifen erklärt, nachdem der Verkäufer in den Uebergang gewilligt hat. Das Grundstück ist möglicherweise mit Schnee

1) fr. 46 eodem. tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret.

2) Pandekten, Bd. 1, § 178, S. 404, 405.

und Eis überdeckt und schwer zugänglich oder überschwemmt und nicht zu betreten. Soll man gleichwohl sich notwendig hinausbegeben, um Besitz zu ergreifen?!. Von solchem zwecklosen Thun weiß das Leben nichts, und es widerspricht dem Wesen der Sache. Es handelt sich nicht um formales Recht, sondern um die thatsächliche Frage des Erwerbes der Gewalt."

Was Dernburg hier sagt, ist ganz entschieden keine römische Vorstellung. Die Römer sind beim Erwerb von Grundstücken über den Begriff des Benachbarten nicht hinausgegangen. Es kann sich nur darum fragen, was wir unter „benachbart" zu verstehen haben. Ich beschränke den Begriff auf die unmittelbare Nachbarschaft, und verlange außerdem, daß der Erwerbenwollende sich auf seinem alten Besitztum befinde[1]).

Andererseits haben die Römer es sehr wohl verstanden, den Bedürfnissen des Lebens gerecht zu werden. Hier greift eben die Einräumung leeren Besitzes ein. Die Römer begaben sich auch in die Notariatsstube, um über Besitz zu verhandeln; in den ravennatischen Urkunden ist uns das anschaulich genug geschildert; aber was man hier vornahm, war nicht Volltradition, sondern Einräumung leeren Besitzes. Die Römer schlossen auch Rechtsgeschäfte ab über ihre Sommerweiden auf dem Apennin, wenn sie in der Ferne weilten. Aber an die Ungeheuerlichkeit einer Volltradition haben sie hier nicht gedacht, sondern sich mit einer Einräumung leeren Besitzes begnügt.

Andere Umstände, welche der Einräumung leeren Besitzes hinderlich geworden sind, werden uns noch später beschäftigen. Hier schließe ich mit einem Blick in die römische Notariatsstube[2]).

Gegenstand des Kaufes sind 20 Morgen vom Grundstücke Concordiacos, belegen im Gebiete von Fauentia, im Gau Painas.

Verkäufer sind Tulgilo, ihre Tochter Domnica und ihr Sohn Deutherius.

1) Vgl. oben § 31.

2) Urkunde bei Marini 114, Spangenberg 49.

Käufer iſt Peregrino (Pelegrino, Pelegrinus).

Ueber dieſen Kauf wird zu Ravenna im Jahre 539 oder 546 eine Urkunde aufgenommen, und gleichzeitig leerer Beſitz eingeräumt. In letzterer Beziehung heißt es Zeile 29 fgg.:

in quam uacuam possessionem uigenti iuge(rum) fundi Concordiacos uindetores ssti (= suprascripti) se ac suosque omnes inde exsisse excessisse discessisseque dicxerunt et e(um)demque comparatorem Peregrino uirum strenuum heredesq(ue ei)us ex causam huius uenditionis in sstam (= suprascriptam) rem hire (= ire) mittere (in)gredi possidereque permiserunt.

Die Verkäufer haben erklärt: daß ſie und die Ihrigen alle herausgegangen, fortgegangen, weggegangen ſeien; und haben geſtattet dem Käufer wie ſeinen Erben: hineinzugehen, hineinzuſchicken, hineinzutreten und damit Beſitz zu ergreifen.

Die Formel ſtammt aus dem ſechsten Jahrhundert, könnte aber gleichwohl alt ſein. Denn es iſt ja bekannt, mit welcher Zähigkeit die Römer an einmal hergebrachten Formeln feſthielten. So kehren z. B. in den Militärabſchieden, von denen bis jetzt 80, teils ganz, teils bruchſtücksweiſe, aufgefunden und veröffentlicht ſind [1]), die mit dem Jahre 52 beginnen und bis gegen 300 reichen, für Erteilung der ciuitas und des conubium, beziehungsweiſe des ius conubi allein, überall dieſelben Formeln wieder.

Kurz vor dem Drucke dieſes Bogens kommt mir zu Geſicht: Kohler, Zur Beſitzlehre. Archiv für die civiliſtiſche Praxis, Bd. 69, S. 151 flg.

Die Abhandlung iſt bemerkenswert durch den Hinweis: daß die Grundgedanken des römiſchen Rechtes hinſichtlich der Beſitzeseinweiſung mit den Erſcheinungen des deutſchen Rechtes große Verwandtſchaft zeigen, und die Kluft zwiſchen beiden

---

1) C. J. L. III, pag. 843—919, 1058; Ephemeris epigraphica II, pag. 452—466; IV, pag. 181—187, 495—515; V, pag. 92—104, 610—617, 652—656.

Rechten durchaus nicht so weit sei, als man dies bisher angenommen habe (S. 159).

Andererseits erscheint hier die herrschende Auffassung vom Wesen der Tradition auf eine Spitze getrieben, die eher zur Umkehr, als zum Weitergehen auf der betretenen Bahn ermuntern möchte.

Nach Kohler besteht das Wesen der Tradition nicht in der Zweiheit, sondern der Einheit (S. 151). Der Veräußerer verliert den Besitz, „nicht weil sein Bestreben auf den Verlust des Besitzes gerichtet ist, sondern weil sein Bestreben auf den Besitzerwerb des Käufers geht, welcher Besitzerwerb nur eben indirekt und per consequentiam zugleich den Besitzverlust des früheren possessor bewirkt" (S. 156).

Diese Ansicht ist zunächst unhistorisch. Wenn ein Römer den Besitz an einem Grundstücke übertragen wollte, so mußte er von Haus aus sein Grundstück räumen; damit war der Besitz verloren. Derjenige, der den Besitz erwerben wollte, mußte sodann das Grundstück betreten. Also ursprünglich zwei Handlungen, zunächst Besitzesverlust und darauf Besitzeserwerb, und beide Handlungen getrennt durch einen besitzlosen Zustand.

Erst verhältnismäßig spät fängt man an, beide Handlungen zueinander in Beziehung zu setzen, und auch nur auf einem beschränkten Gebiete: das römische Recht ist hier im Anfange der Entwicklung stehen geblieben. Der besitzlose Zustand wird dadurch überbrückt, daß man den Besitzerwerb zu einer Voraussetzung des Besitzverlustes macht, also Besitzverlust durch Besitzerwerb bedingt erscheinen läßt. Dies ist der Standpunkt der Quellen, dem gegenüber die Kohler'sche Auffassung als quellenwidrig bezeichnet werden muß.

Den Ausspruch Ulpian's in fr. 34 pr. A. u. A. P. schiebt Kohler als „weniger präcis" einfach beiseite. Dagegen glaubt er den Ausspruch Papinian's in fr. 18 pr. de ui 43, 16,

> neque enim ante omissam possessionem uideri, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset,

für sich anführen zu können, indem er ihn so wiedergiebt: „der Besitzverlust soll nur die Folge des Besitzerwerbes des emptor sein" (S. 173).

Der Besitzverlust wird hier freilich erst im Augenblick der Volltradition angenommen, immerhin erscheint er aber als Folge einer beabsichtigten Handlung. Das würde der Ausdruck omittere schon ganz allein beweisen, selbst wenn in der Stelle von einem animus gar nicht die Rede wäre.

Und wie die Kohler'sche Ansicht den Quellen widerstreitet, ist sie auch logisch unmöglich. Allerdings kann mein Wille darauf gerichtet sein, daß ein anderer Besitz erwerbe, ohne daß ich Besitz verliere, wenn ich nämlich gar kein Besitzer bin: z. B. ein Erbe veräußert eine Erbschaftssache, in deren Besitz er sich noch gar nicht gesetzt hat. Wenn aber jemand wirklich Besitzer ist, von welchem Falle Kohler ausgeht, dies auch sehr gut weiß, und dann seinen Willen darauf richtet, daß ein anderer diesen Besitz erwerbe; so muß sein Wille notwendiger Weise gleichzeitig, oder vielmehr vorher, darauf gerichtet sein, den Besitz zu verlieren. Dies ist ebenso notwendig, wie die Behauptung, eine Figur sei ein Kreis, gleichzeitig die Behauptung enthält, daß sie rund sei. In beiden Fällen läßt sich der zweite Satz analytisch aus dem ersten entwickeln [1]).

Doch bei diesem auf den Besitzerwerb eines andern gerichteten Willen bleibt Kohler nicht einmal stehen, sondern vertauscht diesen Willen sofort mit dem Besitzerwerbe selber. Der Tradent soll seinen Besitz lediglich per consequentiam verlieren, „weil ein Vollbesitz des einen mit dem Vollbesitz des andern unverträglich wäre" (S. 157). Damit wäre der Besitzesverlust im Falle einer Tradition aus der Reihe der freiwilligen Verlustarten gestrichen und den unfreiwilligen Verlustarten überwiesen.

Die Sache verhält sich nämlich so. Bei der Tradition haben wir auf Seiten des Trabenten zwei Willenserklärungen: er erklärt einmal, den Besitz der betreffenden Sache verlieren

1) Vgl. Zitelmann, Irrtum, S. 265 flg.

zu wollen; er erklärt ferner, daß diesen Besitz ein anderer erwerben solle. Beide Willenserklärungen sind außerdem begleitet vom Willen zum Erfolge[1]). Dieser Erfolg ist der Besitzerwerb durch einen andern. Diesem Erfolge gegenüber steht der Tradent lediglich als Zuschauer da, wenn auch als höchst interessierter Zuschauer: denn dieser Erfolg hängt von dem Willen des andern ab. Erblickt man nun das Wesen der Tradition in diesem Erfolge, so erhalten wir einen Besitzverlust, herbeigeführt durch den Willen des Empfängers, also einen für den Tradenten unfreiwilligen Besitzesverlust. Und damit wäre der Besitzesverlust im Falle einer Tradition auf gleiche Stufe gestellt mit einem Besitzesverluste durch gewaltthätige Vertreibung.

Die hier in's Auge gefaßte Auffassung der Römer bewegte sich, wie gesagt, nur auf einem beschränkten Gebiete, und daneben bleibt für das ridiculum est des Celsus noch genügend Raum übrig. Kohler glaubt auch diesen Ausspruch des Celsus mit seiner Ansicht in Einklang setzen zu können. Der Fall soll dieser sein: „ich übergebe dem furiosus, den ich für geistig gesund erachte, eine Sache, sage ich ein Geldstück, einen Griffel, einen Malerpinsel, und der furiosus geht damit in die Weite" (S. 194). Hier sei der Besitz verloren nicht durch den „Traditionsakt", sondern durch den „Localisationsakt". Nur schade, daß Celsus in fr. 18 § 1 A. u. A. P. von einem Gehen in die Weite kein Wort sagt, und seine Entscheidung auch in ganz anderer Weise begründet, nämlich zurückführt auf das animo uult dimittere, quia existimat se transferre.

Auf sonstige Punkte in der Kohler'schen Abhandlung, insonderheit seine Erklärung von fr. 34 pr. A. u. A. P., werde ich später noch Gelegenheit finden, näher einzugehen.

b. § 49. Besitzumwandlung.

Für die ältere Zeit lernten wir als die beiden einzigen Aufhebungsgründe des Besitzes an Grundstücken leeren Besitz und gewaltsame Vertreibung kennen[2]). In Bezug auf die

1) Vgl. Zitelmann, Irrtum, S. 118 flg.
2) Vgl. oben § 23.

Besitzumwandlung bemerkte ich oben § 38, daß schon die alte Fiducia ein Hauptgebiet derselben gewesen sei. Liegt da nicht ein Widerspruch vor? Ein Blick auf den Entwicklungsgang, den der römische Besitz durchgemacht hat, dürfte vielleicht geeignet sein, uns über diesen Widerspruch hinwegzubringen.

Der Besitz an Grundstücken war in alter Zeit ein körperliches Verhältnis; mit dem Verlassen des Grundstückes war der Besitz verloren. Ebenso war es auch mit dem Erwerbe: ein Kind, das ein Grundstück betrat, hatte damit Besitz erworben.

Das Unkörperliche machte sich beim alten Besitz nur in negativer Weise geltend: in dem nec ui nec clam nec precario. Ein Kind, welches im alten Rom ein Grundstück betrat oder auf ein Grundstück getragen wurde, handelte sicherlich nec ui nec clam nec precario. Ein Kind konnte also im alten Rom fehlerfreien Besitz erwerben. Dieser Punkt wird uns in einem andern Zusammenhange noch näher beschäftigen müssen.

Der alte Besitz war mit den drei Imperativen ausgerüstet: du mußt an deinen Mitmenschen den Besitz herausgeben, den du gewaltsam, heimlich oder precario an dich genommen. Und diesen Imperativen verlieh der Prätor Nachdruck durch seine Interdicte.

Es ist in neuerer Zeit der Versuch gemacht worden, alles Recht wieder auf Imperative zurückzuführen [1]). Nach meinem Dafürhalten ist das ein Zurückfallen in Urzustände [2]). Die Imperative — oder auch Infinitiv und Futurum in imperativischer Bedeutung [3]) — sind allerdings die älteste Sprache, in denen das Recht zu den Menschen geredet — obwohl zu beachten sein dürfte, daß nicht bloß der befehlende, sondern auch der erlaubende [4]) Imperativ schon ein hohes Alter für sich

1) A. Thon, Rechtsnorm, S. 8 u. sonst.

2) Vgl. Zitelmann, Irrtum, S. 214.

3) Recht von Gortyn, herausgegeben von Bücheler und Zitelmann, S. 52, 53.

4) Vgl. aus dem Zwölftafelrechte bei Bruns I, 1 capito; I, 2 iacito;

hat —; und an dieſe Imperative ſchließen ſich dann die älteſten Klagen an. Aber die Aufgabe der Wiſſenſchaft kann es nur ſein, das unbekannte Land hinter dieſen Imperativen und Klagen zu entdecken; aus dem Imperativ muß die Befugnis, aus der Klage der Anſpruch herausgeſchält werden.

Dieſe Aufgabe war auch dem römiſchen Beſitze gegenüber zu löſen. Aus den drei Imperativen ergab ſich zwar, daß man eine Sache uel ui uel clam uel precario [1]) beſitzen könne; aber im übrigen war der Beſitz ein negatives Einerlei.

Ein Gelehrter, deſſen hohe ſyſtematiſche Begabung uns gerühmt wird, der das erſte Syſtem aufſtellte, indem er das ius ciuile klaſſenweiſe, generatim, auf 18 Bücher zurückführte [2]), und damit auf die Entwicklung der römiſchen Rechtswiſſenſchaft den nachhaltigſten Einfluß ausübte — Quintus Mucius iſt es, welcher auch genera possessionum ſchuf oder dieſelben wenigſtens weiter ausbildete.

Von dieſen genera possessionum wiſſen wir wenigſtens ſo viel, daß Mucius den Fall darunter ſetzte, si quando iussu magistratus rei seruandae causa possidemus [3]).

Daraus iſt einesteils zu entnehmen, daß Beſitz und Detention damals noch in einander ſchwommen [4]). Andererſeits weiſt uns dieſes Beiſpiel auf das Gebiet hin, mit dem ſich die genera befaßten.

Seit alter Zeit ſtand ein uel ui uel clam uel precario einem nec ui nec clam nec precario gegenüber. An dieſer Dreigliederung iſt nichts geändert, darauf können ſich alſo die genera des Q. Mucius nicht bezogen haben. Seine Gliederung

III, 2 iniectio esto, in ius ducito; III, 3 secum ducito, uincito; III, 6 secanto; V, 4 familiam habeto; V, 5 familiam habento; V, 7ª potestas esto; VII, 7 iumenta agito. Recht von Gortyn VI, 6 ἀποδιδόντω.

1) Terentius, Eunuchus 2, 3, u. 28, 29. Hanc tu mihi uel ui, uel clam, uel precario fac tradas.

2) Pomp. fr. 2 § 41 O. J. 1, 2. ius ciuile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo.

3) fr. 3 § 23 A. u. A P. 41, 2.

4) Vgl. Pernice in Goldſchmidt's Zeitſchrift, Bd. 22, S. 426; Dernburg, Pand., Bd. 1, § 172, S. 392.

wird dem nec ui nec clam nec precario zu gute gekommen ſein, und dafür iſt das überlieferte Beiſpiel ein Beleg.

Die wiſſenſchaftliche That, die ſich hier vollzog, können wir kurz ſo beſchreiben: man fing an, das negative Beſitzeseinerlei nach poſitiven Merkmalen zu ordnen.

Damit war eine ganz neue Entwicklung eingeleitet. Aus den genera werden die causae hervorgegangen ſein [1]). Man ſprach von einem Beſitze pro emptore, pro herede, pro donato, pro derelicto, pro legato, pro dote, und, um ſonſtiges zuſammenzufaſſen, von einem Beſitze pro suo [2]).

Auch dieſe causae beſchränkten ſich auf das Gebiet des alten negativen Beſitzes [3]). Eine causa fehlte dem Dieb und Räuber [4]); und ebenſowenig gab es eine ſolche für den Precariſten, wenn wir auch ſpäter den Precariſtenbeſitz der iusta possessio eingereiht finden [5]).

Dieſe causae possessionum ſind augenſcheinlich dem ius ciuile entlehnt. Hierfür ſpricht ſchon die zuletzt aus Cicero angeführte Stelle.

Cicero zählt verſchiedene causae auf: quae data, donata, concessa, uendita. Concessa bezieht ſich auf die concessiones agrorum. Am Schluſſe der Stelle werden dann dieſe causae possessionum mit dem ius ciuile identificiert:

> Ergo hac lege ius ciuile, causae possessionum, praetorum interdicta tollentur.

Andererſeits beruhen ſämmtliche causae possessionum auf einem innern Hergange. Man betritt ein Grundſtück, weil

---

1) Vgl. fr. 8 § 21 A. u. A. P. 41, 2. Genera possessionum tot sunt, quot et causae adquirendi eius quod nostrum non sit. fr. 47 § 6 de peculio 15, 1. Quae diximus in emptore et uenditore, eadem sunt et si alio quouis genere dominium mutatum sit.

2) Pro suo in dieſem Sinne, vgl. z. B. fr. 2, 3 pro suo 41, 10.

3) Dies tritt recht deutlich hervor bei Cicero de lege agraria 3, 3, 11. Hier werden die causae possessionum dem ui, clam, precario der prätoriſchen Interdicte gegenübergeſtellt.

4) Ulp. fr. 13 pr. H. P. 5, 3. nec ullam causam possessionis possit dicere: et ideo fur et raptor etc.

5) Paulus fr. 22 § 1 de nox. act. 9, 4.

man es gekauft hat, als ererbtes, weil es geschenkt worden, als vermachtes, weil es die Mitgift sein soll u. s. w.; das körperliche Verhältnis ist bei diesem Betreten immer dasselbe.

Die causae possessionum erscheinen demnach als die Motive für das Betreten des Grundstückes. Nun giebt es nähere und entferntere Beweggründe. Genau genommen sind die causae possessionum nur die entfernteren Beweggründe. Denn wenn ich ein Grundstück betrete, weil es mir geschenkt worden, so schiebt sich noch immer der andere Beweggrund ein: weil ich Besitz erwerben will.

Dieser nähere Beweggrund „weil ich erwerben will" schiebt sich nicht bloß bei dieser einen causa, sondern gleichmäßig bei allen causae ein: er ist also allen causae gemeinschaftlich.

Den Beweggründen entsprechen die Zwecke. Ich betrete ein geschenktes Grundstück, um es zu bewohnen, zu bebauen u. s. w.

Auch hier haben wir wiederum eine doppelte Reihe zu bilden: es giebt nähere und entferntere Zwecke. Das Bebauen und Bewohnen ist nur der entferntere Zweck; zunächst will ich Besitz erwerben.

So lassen sich denn sämmtliche causae possessionum wiederum auf eine gemeinschaftliche Vorstellung zurückführen: ich betrete ein Grunstück, weil ich Besitz erwerben will, und um Besitz zu erwerben. Diese gemeinschaftliche Vorstellung nennen die Römer animus, und mit diesem Begriffe sehen wir bereits Labeo arbeiten. Wenn auch noch nicht in sehr geschickter Weise. Das eine Mal erklärt er schließlich selber wieder für corpus, was er zunächst als animus aufgefaßt hatte [1]); das andere Mal scheint seine eigene Entscheidung auf ihn einen sehr verblüffenden Eindruck zu machen [2]).

Aus den genera gingen die causae possessionum hervor,

1) fr. 51 A. u. A. P. 41, 2. sed nideamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit.

2) fr. 32 § 2 de usurp. 41, 3. neminem eorum mera suptilitate possidere Labeo scribit. Vgl. zu dieser Stelle Dultz, Besitzinterdikte unter Mitbesitzern, S. 11 flg.

und dieſe führten wiederum zum animus. Die causae possessionum ſind dem ius ciuile entlehnt, alſo iſt auch der animus eine res iuris.

Zum alten körperlichen Beſitz mit ſeinen drei Imperativen iſt ein neuer Anbau hinzugekommen: der poſitive animus. Der Beſitz beſteht jetzt aus corpus und animus. Und wie der animus als eine res iuris erſcheint, ſtellt ſich ihm das corpus als eine res facti gegenüber.

Daß der Gegenſatz von ius und factum ſich in der That deckt mit dem Gegenſatz von animus und corpus, beweiſen z. B. folgende Stellen.

Paulus Sent. 5, 11 § 2.

Probatio traditae uel non traditae possessionis non tam in iure quam in facto consistit: ideoque sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneant.

Ulp. fr. 29 A. u. A. P. 41, 2.

Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere: quod est enim facti, potest amittere.

c. 10 A. et R. P. 7, 32.

Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem, aliam quae iure consistit, aliam quae corpore.

Und was die Herleitung des animus aus den causae possessionum betrifft, ſo will ich keineswegs behaupten: daß die ſcharfe Gliederung der Begriffe, wie ſie hier vorgenommen, bereits von den Römern erkannt ſei. Ich habe nur darauf hinweiſen wollen: daß die causae den animus bereits keimartig enthielten, und daß die Römer es verſtanden, dieſen Keim zu entwickeln.

Kehren wir jetzt zu unſerer Beſitzumwandlung zurück.

In alter Zeit, als zum Verluſte des Beſitzes Verlaſſen des Grundſtückes erforderlich war, konnte die Beſitzumwandlung dieſem Begriffe nicht untergeordnet werden. Der Sache nach war ſie freilich ſchon vorhanden. Aber das hinter den Imperativen liegende Land war noch nicht entdeckt, und nur dar-

nach fragte man: ob dieser oder jener Imperativ begründet, bezw. nicht begründet sei.

Wenn derjenige, welcher einen andern seines Besitzes entsetzt hatte, von diesem das Grundstück als Precarium erhielt, so löste ein Imperativ den andern ab. Oder wenn ein Fiduciargläubiger seinem Schuldner das Grundstück als Precarium ließ, so war imperativfreier Besitz einem Imperativ unterworfen.

Seitdem aber der positive animus sowohl beim Erwerb wie beim Verlust des Besitzes sich Bahn gebrochen hatte, genügt diese Auffassung nicht mehr.

Wenn derjenige, welcher einen andern seines Besitzes entsetzt hatte, diesem die Sache abmietet, so hört sein Besitz auf und er wird Detentor: denn gewaltthätiger Besitz und Innehaben als Pächter können nicht neben einander bestehen.

Ebenso verhält es sich aber auch, wenn derjenige, welcher einen andern seines Besitzes entsetzt hatte, diesen um ein Precarium angeht. Gewaltthätiger Besitz und Precaristenbesitz können nicht neben einander bestehen: also muß der erstere weichen. Wenn aber der Erwerb, den der Besitzentsetzer als solcher machte, aufhört, so heißt das nichts anderes, als: dieser Besitz geht verloren. Ein Erwerb löst den andern ab, und daraus folgt Verlust des zunächst Erworbenen.

c. § 50. Umwandlung des Besitzes in Detention.

Ein Hauptfall der Besitzumwandlung war Umwandlung in Precaristenbesitz. Diese war dem Eigentümer ursprünglich versagt zufolge der Rechtsregel: rei suae precarium non esse.

Insonderheit kam es häufig vor, daß der Fiduciarschuldner die fiducierte Sache als Precarium sich erbat. Wie anderswo [1]), so hat auch in dieser Beziehung die fiducia für pignus und hypotheca das Vorbild abgegeben. Man setzte sich demgemäß hier über die gedachte Regel hinweg. Dabei ist aber zu beachten, daß dieses precarium als ein precarium possessionis

1) Vgl. Dernburg, Pfandrt., Bd. 1, S. 21, 22, Anm. 41.

aufgefaßt wurde: also regelmäßig Tradition und Retradition stattgefunden haben wird[1]).

In Anlehnung hieran hat Bekker[2]) den Satz aufgestellt: daß bei sonstiger dinglicher Berechtigung ebenfalls ein Precarium an eigener Sache gestattet gewesen sei. Er beruft sich dafür auf

Uenuleius, fr. 22 pr. De precario 43, 26.
et contra si possessorem precario rogauerit qui rem auocare ei posset, teneri eum precario, quoniam aliquid ad eum per hanc precarii rogationem peruenit, id est possessio, quae aliena sit.

Es werden sich hier einander gegenübergestellt ein Besitzer und derjenige, welcher diesem den Besitz abholen könnte, z. B. ein gewaltthätig Entsetzter. Wenn ein Entsetzter den Besitzentsetzer um ein Precarium bittet, so haftet er mit dem Interdictum de precario. Denn jedenfalls ist etwas an ihn gelangt, das quod precario ab illo habes des prätorischen Interdictes trifft also zu: es ist nämlich an ihn gelangt „possessio, quae aliena sit" — man beachte den Conjunctiv! — ein Besitz, obwohl er ein fremder ist, weil er dem Besitzer ja mit dem Interdictum de ui abgeholt werden konnte. Es ist weder von einem dinglichen Rechte in dieser Stelle die Rede, noch auch wird Eigentum in der Person des Precaristen vorausgesetzt. Jedenfalls ist es aber willkürlich, wenn Bekker auf den possessor gar kein Gewicht gelegt wissen will[3]).

Näher berührt unsere Frage ein Ausspruch Tertullian's. Derselbe gestattet allgemein ein precarium possessionis an eigenen Sachen, sofern die Absicht ausdrücklich darauf gerichtet wurde.

1) Vgl. oben § 38 No. 1 a. E.

2) Recht des Besitzes, S. 128.

3) Harburger, Constitutum possessorium, S. 56, versteht die ausgeschriebenen Worte von einem Constitutum possessorium. Allein — von sonstigen Bedenken abgesehen — ad eum kann sprachlich nur mit dem voraufgehenden eum in Verbindung gebracht worden; peruenit sich nur auf den Precaristen beziehen; und was will endlich Harburger mit dem Conjunctiv sit anfangen?

Tertullianus fr. 28 A. u. A. P. 41, 2.

specialiter possessionis solius — — precario rogandae animus interueniat.

Demnach werden wir ſagen müſſen: es giebt ein precarium proprietatis und possessionis; ein precarium possessionis namentlich auch an eigener Sache. Inſonderheit kann ein precarium an eigener Sache von einem dinglich Berechtigten eingeräumt werden, ſofern ſein dingliches Recht von Beſitz begleitet war.

An die Beſitzumwandlung hat ſich angelehnt die Umwandlung des Beſitzes in Detention [1]). Die Quellen gedenken in dieſer Beziehung nur der Miete [2]). Und hier begegnen wir derſelben Schranke: an eigener Sache iſt keine Miete möglich.

Julianus fr. 15 Depositi 16, 3.

qui rem suam conducit aut precario rogat, nec precario tenetur nec ex locato.

Ulp. fr. 45 pr. R. J. 50, 17.

neque precarium — — neque locatio [3]) rei suae consistere potest.

Später entſtehendes Eigentum in der Perſon des Mieters hob demgemäß die Miete auf [4]).

Aber auch hier ließ man eine Ausnahme zu für den Pfandſchuldner [5]), ferner geſtattete man dem Proprietär das Mieten des Nießbrauches [6]); endlich läßt Tertullian auch hier allgemein Miete der possessio zu, ſofern die Abſicht ausdrücklich darauf gerichtet würde [7]).

Demgemäß werden wir hier ebenfalls ſagen können: der Eigentümer kann ſeine eigne Sache mieten, ſofern er den

1) Vgl. oben § 42 a. E.

2) Vgl. oben § 36 und § 42.

3) Locatio ſtatt conductio, vgl. fr. 20 A. E. V. 19, 1; fr. 15 § 9; fr. 19 § 2 Locati 19, 2.

4) fr. 9 § 6 Locati 19, 2.

5) fr. 35 § 1; fr. 37 de pign. act. 13, 7; fr. 37 A. u. A. P. 41, 2.

6) fr. 29 pr. Quib. mod. 7, 4.

7) fr. 28 A. u. A. P. 41, 2.

Besitz mietet; dies namentlich auch dann, wenn ihm ein dinglich Berechtigter gegenübersteht.

Darnach hätten wir drei Möglichkeiten auseinander zu halten.

Erste Möglichkeit. — Eigentum und Besitz treffen zusammen. In diesem Falle ist keine Miete zulässig.

Wenn z. B. jemand ein Grundstück verkauft und es sofort dem Käufer abmieten wollte: das würde nicht angehen nach römischem Rechte. Das würde ein Mieten einer eignen Sache sein, was unzulässig ist. Und gerade Fälle dieser Art hat unsere Regel hauptsächlich treffen wollen. Soll der Mietvertrag zu Stande kommen, so muß erst das Grundstück vom Verkäufer geräumt und vom Käufer betreten sein.

Anderes Beispiel. Ein Hypothekarschuldner will seinem Gläubiger die verpfändete Sache abmieten. Dies geht nicht so ohne weiteres, vielmehr muß erst Tradition und Retradition stattfinden. So wird uns denn auch der Hergang in den Quellen geschildert.

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam fr. 37 A. u. A. P. 41, 2.

> Res (re) pignoris nomine data et possessione tradita, deinde a creditore conducta conuenit, ut is, qui hypothecam dedisset, pro colono in agro, aedibus autem pro inquilino sit: per eos creditor possidere uidetur.

Der Ausdruck qui hypothecam dedisset, sowie die Inscription der Stelle weisen darauf hin, daß ursprünglich eine reine Hypothek vorlag. Nun soll ein Mietsverhältnis zu Stande kommen. Zu diesem Zwecke muß zunächst dem Gläubiger der Besitz tradiert werden, erst dadurch wird die Miete möglich.

Dasselbe Verfahren wird eingeschlagen fr. 35 § 1, fr. 37 de pign. act. 13, 7.

Zweite Möglichkeit. Besitz und Eigentum fallen auseinander; der Eigentümer mietet vom Besitzer.

Hier ist wiederum keine Miete zulässig. Der Fall kann zunächst so liegen, daß der Mieter recht gut das Sachverhält-

nis kannte, aber auf bequeme Weise wieder in den Besitz seiner Sache gelangen wollte. Diese Kriegslist wurde von den Römern geübt und war einmal statthaft [1]).

Um so weniger kann von einem Mietsverhältnis die Rede sein, wenn der Vermieter das Sachverhältnis kannte [2]), oder der Mieter in gutem Glauben handelte.

c. 20 Locato et conducto 4, 65 vom J. 293.

Qui rem propriam conduxit existimans alienam, dominium non transfert, sed inefficacem conductionis contractum facit.

c. 23 eodem vom Jahre 293.

Ad probationem rei propriae siue defensionem non sufficit locatio ei facta, qui post de dominio coeperit contendere, cum nescientia dominii proprii et errantis nullum habeat consensum: sed ex euentu, si uictus fuerit, contractus locationis non constitisse magis declaratur. nemo enim sibi iure possessionem mutare potest.

Die beiden letzten Stellen mit ihrem „dominium non transfert" und „nullum habeat consensum" führen uns noch einen andern ökonomischen Gedanken zu, welcher außer der Kriegslist für den Mieter Beweggrund seiner Handlung sein konnte: er wollte dem Besitzer Eigentum übertragen, z. B. schenken. Einem solchen Vorhaben stand nichts im Wege, ein solcher Eigentumserwerb konnte auf dem Wege der Besitzumwandlung vor sich gehen [3]). Und wenn auf diese Weise der alte Besitzer Eigentümer geworden war, konnte er natürlich auch vermieten.

Von diesem Gesichtspunkte aus fällt ferner neues Licht auf den Schlußsatz der letzteren Stelle, den Krüger streichen

---

1) Vgl. fr. 40 § 3 A. u. A. P. 41, 2 und dazu oben § 24, S. 103 flg.

2) fr. 21 A. R. D. 41, 3. Die Stelle wird von der alten pro herede usucapio zu verstehen sein.

3) fr. 2 § 21 pro emptore 41, 4. si dominus ei, qui rem emisset a non domino, donasset.

will[1]). Weiß der Mieter um ſein Eigentum, und mietet er dem Beſitzer die Sache ab, weil er ihm ein Geſchenk machen will; ſo verwandelt ſich deſſen Beſitz in Eigentumsbeſitz. Liegt aber eine derartige Abſicht nicht vor, ſo kann der Beſitzer ſich nicht ſelber zum Eigentümer machen: nemo enim sibi iure possessionem mutare potest.

Endlich erinnert uns die letztere Stelle an das gegen Ende desſelben Jahres 293 in c. 25 Locati erlaſſene Geſetz: daß in den Fällen, wo das Eigentum ſtreitig war, die Sache zunächſt an den alten Beſitzer herausgegeben werden mußte[2]).

Dritte Möglichkeit. Beſitz und Eigentum fallen auseinander. Der Beſitzer mietet vom Eigentümer oder nichtbeſitzenden Nichteigentümer.

Dies iſt die einzige Möglichkeit, welche für die Umwandlung des Beſitzes in Detention übrig bleibt. Wir ſehen alſo: dieſer Fall des Beſitzverluſtes durch bloßen Willen bewegt ſich auf verhältnismäßig engem Gebiete; zumal ein Mieten von nichtbeſitzenden Nichteigentümern nicht häufig vorzukommen pflegt, und bei dieſer Gelegenheit in den Quellen gar nicht beſonders berührt wird.

Näher zergliedert haben wir uns dieſen Fall ſchon früher bei Erörterung von fr. 28 A. u. A. P.[3]). Es iſt zu unterſcheiden, ob der Mieter von ſeinem Beſitze Kenntnis hatte oder nicht. Nur wo der Mieter von ſeinem Beſitze unterrichtet war, kann von einem Beſitzverluſte die Rede ſein.

d. § 51. Constitutum possessorium.

Beim Conſtitutum poſſeſſorium bewegen wir uns wiederum einen Schritt vorwärts: während bei der Beſitzumwandlung in Detention ein Beſitzer Detentor wird, wird hier ein Beſitzer Beſitzer für einen andern.

An dieſem Conſtitutum poſſeſſorium iſt Schloßmann

1) Vgl. oben § 40 a. E.
2) Vgl. oben § 26, S. 118.
3) Vgl. oben § 36, S. 233 flg.

mit seiner Stellvertretungsauffassung gescheitert. Er sucht sich freilich mit der Bemerkung abzufinden: daß es sich hier gar nicht um ein adquirere possessionem per aliquem, sondern um ein adquirere ab aliquo handle[1]). Die Behauptung ist um so unbegreiflicher, als in der Stelle, welche Schloßmann bei dieser Gelegenheit berührt, fr. 77 R. V. 6, 1, deutlich zu lesen steht: quasi per ipsam adquisierit possessionem.

Hier setzt daher Baron[2]) insofern ganz richtig ein:

„Dazu tritt endlich das constitutum possessorium; die ganze Lehre muß zusammenfallen, wenn nur ein Procurator im Schloßmann'schen Sinne beim Besitzerwerbe vertreten dürfte."

Wie verträgt sich denn aber die Ansicht, die ich bisher entwickelt habe, mit dem Constitutum possessorium: muß dieser gegenüber vielleicht auch das Constitutum possessorium zusammenfallen? Zum Teil, ja!

Ich unterschied zwischen Justinian'schem Rechte und früherem Rechte. Nach früherem Rechte, insonderheit zu Zeiten der römischen Rechtsgelehrten, war Besitzerwerb für andere, abgesehen vom Gewaltsverhältnis, nur durch Procuratoren, im Sinne von Generalvertretern, und sonstige Generalvertreter möglich; nach Justinian'schem Rechte hingegen ist Besitzerwerb für andere jeder freien Person gestattet[3]). Ist diese Ansicht richtig, so kann ein Constitutum possessorium nach vorjustinian'schem Rechte, insonderheit zu Zeiten der römischen Rechtsgelehrten, nur durch einen Generalvertreter vorgenommen sein; dagegen vom Standpunkte des Justinian'schen Rechtes ist für das Constitutum possessorium ein weiterer Spielraum vorhanden.

Wir haben also auch beim Constitutum possessorium zu unterscheiden zwischen dem Justinian'schen und vorjustinian'schen

1) Besitzerwerb, S. 150.
2) Kr. Vjschrift, Bd. 23, S. 523.
3) Vgl. oben § 35.

Rechte. Ich beſchränke mich zunächſt auf das vorjuſtinian'ſche Recht, und will von dieſem Standpunkte aus die für das Conſtitutum poſſeſſorium herangezogenen Stellen einer näheren Prüfung unterziehen.

Das Conſtitutum poſſeſſorium reicht zurück auf Celſus. Alſo zu einer Zeit, wo der Beſitzerwerb durch Procuratoren noch gar nicht allgemein anerkannt wurde, verſuchte ſich dieſer ſcharfſinnige Rechtsgelehrte bereits an einer ſo verwickelten Fortbildung. Der Ausſpruch des Celſus gilt noch immer für die Hauptgrundlage dieſes Rechtsgebildes.

Celsus fr. 18 pr. A. u. A. P. 41, 2.

Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.

Zunächſt mag hervorgehoben werden, daß uns in dieſer Stelle ausdrücklich der Procurator entgegentritt. Bedenkt man nun, daß noch zu Neratius' und Gajus' Zeiten der Beſitzerwerb durch einen Generalvertreter keineswegs von allen gebilligt wurde; und nimmt man hinzu, daß es noch zu Pomponius' Zeiten zweifelhaft war, ob man den, der einen einzelnen Auftrag hatte, procurator nennen dürfe[1]): ſo gehen wir ſchwerlich fehl, wenn wir auch den procurator der obigen Stelle von einem Generalvertreter verſtehen. Allerdings kommt dieſer procurator etwas hintennach. Das darf um ſo weniger irre machen, als der Anfang unter den Händen der Compilatoren, für welche die Schranke des Celſus nicht mehr vorhanden war, eine allgemeinere Färbung bekommen haben könnte, als er urſprünglich hatte.

Celſus verwahrt ſich dagegen, daß hier nicht der Satz Platz greife: niemand darf ſich ſelber den Beſitzgrund ändern. Dies beweiſt, daß ihm bei ſeinem Beſitzerwerb eine causa vor-

1) fr. 1 pr. de proc. 3, 3.

schwebte: denn sonst hätte für die Heranziehung dieses Satzes der vermittelnde Gedanke gefehlt. Zudem macht ja das Constitutum possessorium den bisherigen Besitzer zum Detentor für einen andern: dies ist ebenfalls nur bei Zugrundelegung eines besonderen Rechtsgrundes möglich, da das römische Recht einen abstracten Detentionswillen nicht kennt[1]). Sodann dient das Constitutum possessorium vorzugsweise dem Eigentumsübergange, vertritt also die Stelle der Eigentumstradition. Nun ist aber die Eigentumstradition des römischen Rechtes keineswegs ein abstract dinglicher Vertrag[2]), also können wir auch ein Constitutum possessorium ohne Rechtsgrund nicht gebrauchen.

Aus dem Gesagten folgt, daß ein Constitutum possessorium ohne Rechtsgrund völlig in der Luft schweben würde: denn es fehlt uns dann der Anknüpfungspunkt sowohl für die Detention als die Tradition. Mit Recht ist daher in neuerer Zeit von verschiedenen Seiten auf die Notwendigkeit eines Rechtsgrundes hingewiesen worden[3]); eine andere Ansicht vertreten freilich jetzt wieder Bähr[4]) und Dernburg[5]).

Besonders genannt wird allerdings der Rechtsgrund von Celsus nicht. Setzen wir also einmal, um die Sachlage möglichst concret zu gestalten: Celsus hätte an einen Kauf gedacht.

Eine nähere Erörterung verdient die Frage: wie wir uns das Verhältnis zwischen dem Procurator und seinem Herrn zu denken haben, ob als negotiorum gestio oder Auftrag. In dieser Beziehung ergiebt unsere Stelle wenigstens so viel, daß der Besitz sofort erworben wird, ohne daß einer besonderen Genehmigung von Seiten des Herrn gedacht wird. Nun war

---

1) Vgl. oben § 24.

2) Vgl. oben § 24, S. 104.

3) Vgl. Exner, Tradition, S. 143; dessen Gutachten in den Verhandlungen des 15ten deutschen Juristentages, Bd. 1, S. 7 flg.; Meischeider, Bes., S. 290; Harburger, Constitutum poss. S. 58 flg.; Windscheid, Pand., Bd. 1[5], § 155, Anm. 8[a]; Entscheidungen des Reichsgerichtes, Bd. 5, S. 183, 184.

4) Urteile des Reichsgerichts, S. 68 flg.

5) Pand., Bd. 1, § 181, Anm. 5.

es noch zu Zeiten des Paulus streitig, ob der als negotiorum gestor für einen abwesenden Herrn handelnde Procurator sofort oder erst nach erfolgter Genehmigung Besitz erwerbe [1]). Wie Celsus dieser Frage gegenüberstand, wissen wir nicht. Im Justinian'schen Gesetzbuch tritt sofortiger Besitzerwerb nur im Falle eines Mandates ein [2]). Darnach wird, wenigstens vom Standpunkte der Compilatoren aus, auch in dieser Stelle ein Mandat vorausgesetzt werden müssen.

Wir können aber nicht einen jeden Auftrag gebrauchen. Wenn z. B. der Procurator Auftrag hatte, vom Lucius den Sklaven Stichus zu kaufen, so muß er diesen Auftrag in dieser Weise ausführen, und darf nicht etwa für den Sklaven Stichus seinen eigenen Sklaven Pamphilus einschieben. Hier bliebe nur Raum für ein Constitutum possessorium, wenn der Procurator zunächst auf eignen Namen Besitz am Sklaven Stichus erworben hätte.

Im übrigen muß der Auftrag so allgemein sein, daß er dem Procurator gestattet, statt von einem andern, von sich selber zu kaufen. Der Auftrag lautete etwa: besorge mir für mein Landgut an Stelle des verstorbenen Stichus einen andern brauchbaren Sklaven. Nun hat der Procurator selber einen Sklaven Pamphilus, der vortrefflich den Stichus ersetzen könnte; er weiß gar keinen besseren aufzufinden, warum sollte er also nicht seinen eignen Pamphilus verkaufen können?

Nach Savigny [3]) verwandelt sich beim Constitutum possessorium der Besitz durch bloßes Wollen in Detention, und das Recht des Besitzes wird unmittelbar auf eine andere Person übertragen. Savigny hebt ausdrücklich hervor: „da die Apprehension schon früher vorgekommen ist, so braucht sie jetzt nicht wiederholt zu werden".

Das scheint nicht ganz in Einklang zu stehen mit der Auffassung des Celsus.

---

1) Paul. sent. 5, 2 § 2.
2) Siehe oben § 35, S. 217.
3) Recht des Besitzes [7], S. 318, 319.

Celsus sagt: desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. Wie haben wir zunächst das desino possidere zu verstehen? Etwa von einem Besitzesverlust durch bloßen Willen? Das hätte doch wohl etwas schärfer ausgedrückt werden müssen.

Nun heißt es weiter: et alium possessorem ministerio meo facio. Kann ich aber durch bloßen Willen Besitz für einen andern erwerben? Jedenfalls spricht Celsus nicht von einem possessorem animo meo facere, sondern von einem possessorem ministerio meo facere. Ministerium heißt Handreichung, Verrichtung; der Ausdruck selber weist uns also schon darauf hin, daß wir bei diesem Besitzerwerb das Körperliche keineswegs ganz außer Acht lassen dürfen.

Allerdings ist eine Apprehension schon früher vorgekommen, aber für den gegenwärtigen Besitzer. Und eine Detention des gegenwärtigen Besitzers kann nicht ohne weiteres in eine Detention für einen andern verwandelt werden.

Kehren wir zu unserm Beispiele zurück. Der Procurator hat Auftrag, an Stelle des verstorbenen Stichus einen andern Sklaven zu besorgen. Ist nun schon in dem Augenblicke, wo der Procurator den Entschluß faßt, seinen eigenen Sklaven Pamphilus hierzu zu verwenden, der Besitz für den Herrn erworben? Schwerlich. Anders steht aber die Sache, sobald der Procurator den Pamphilus auf das Landgut des Herrn geschickt hat, damit er die Arbeiten des verstorbenen Stichus dort verrichte. Ein solcher Procurator hat aufgehört zu besitzen, corpore et animo; ein solcher Procurator hat Besitz erworben für seinen Herrn, corpore et animo.

Das ministerium besteht darin, daß er an Stelle des verstorbenen Sklaven Stichus einen andern Sklaven auf das Landgut seines Herrn sendet; ob er hierzu seinen eignen Sklaven oder einen fremden nimmt, soll einerlei sein.

Der bloße Wille genügt beim constitutum possessorium nicht, es muß eine körperliche Ausscheidung der Sache hinzukommen. Diese körperliche Ausscheidung muß von der Beschaffenheit sein, daß sie einerseits die Detention des bisherigen

Besitzers aufhebt, und die Detention für den neuen Besitzer begründet.

Wenn aber auf der einen Seite die Detention aufhört, auf der andern Seite neu begründet wird; wenn auf der einen Seite der Wille vorhanden ist, den Besitz aufzugeben, auf der andern, ihn zu erwerben: so haben wir sämmtliche Merkmale einer Tradition. Man kann demnach den Begriff des Constitutum possessorium dahin bestimmen: es ist Tradition an sich selber. Der bisherige Besitzer tradiert an sich selber in seiner Eigenschaft als Procurator.

Machen wir uns dies noch durch ein Beispiel aus dem heutigen Rechte klar.

Ein Gebiet, auf dem heutzutage das Constitutum possessorium sich geltend macht, ist die Einkaufscommission.

Nach H. G. B. Art. 376 ist der Kommissionär bei Waaren, Wechseln und Wertpapieren, welche er einkaufen soll, wenn nichts anderes bestimmt worden, befugt, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern. In welchem Augenblicke wird hier der Kommittent Besitzer, wenn der Kommissionär von dieser seiner Befugnis Gebrauch macht? Nicht etwa schon in dem Augenblicke, wo der Kommissionär den desfallsigen Entschluß gefaßt hat; es muß vielmehr eine thatsächliche Aussonderung aus dem Vermögen des Kommittenten hinzukommen, z. B. bei Wertpapieren durch Abgabe der Nummern, bei Waaren durch nähere Kennzeichnung u. s. w.

Dieselbe Frage taucht da auf, wo der Kommissionär zwar von andern einkauft, aber, was die Regel ist, zunächst Besitz im eignen Namen erworben hat. [1])

Schließlich mag noch die Frage aufgeworfen werden: ob das Constitutum possessorium von beweglichen Sachen oder Grundstücken seinen Ausgang genommen habe. Eine sichere Antwort ist beim Stande der Quellen freilich nicht möglich.

Aber vergegenwärtigen wir uns die Sachlage.

---

1) Vgl. Grünhut, Rt. des Commissionshandels, S. 437 flg. und denselben in Endemann's Handbuch, Bd. 3, S. 250.

Wenn wir von dem Falle absehen, wo der Procurator zunächst für sich selber Besitz erwirbt, so bedarf das Constitutum possessorium eines Auftrages mehr allgemeiner Natur.

Solche Aufträge pflegt derjenige, welcher ein Grundstück erwerben will, nicht leicht zu geben, sondern ein ganz bestimmtes Grundstück in's Auge zu fassen. Dann wird es sich selten treffen, daß der Procurator gerade ein solches Grundstück verkäuflich hat, wie es der Herr haben will. Auch wäre es in diesem Fall wohl das Natürlichere, daß der Herr, statt Auftrag zu geben, die Kaufverhandlungen sofort mit dem Procurator begönne. Nimmt man nun noch hinzu, daß der Besitzerwerb an Grundstücken sich bei den Römern stets eine gewisse Schwerfälligkeit bewahrt hat; so ist es doch wohl das Wahrscheinlichere, daß der Ursprung des Constitutum possessorium nicht auf dem Gebiete der Grundstücke, sondern dem der beweglichen Sachen zu suchen sei. Somit könnte das Constitutum possessorium bei Grundstücken für die römischen Rechtsgelehrten überhaupt ein unbekanntes Ding gewesen sein.

§ 52. Fortsetzung.

Von den übrigen Stellen, auf welche man das Constitutum possessorium zu stützen pflegt, werden mit in erster Reihe genannt folgende zwei:

c. 28 de don. 8, 53 vom J. 417.

Quisquis rem aliquam donando uel in dotem dando uel uendendo usumfructum eius retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, ne quid amplius requiratur, quo magis uideatur facta traditio, sed omnimodo idem sit in his causis usumfructum retinere, quod tradere.

c. 35 § 5 eodem vom J. 530.

Sed si quidem in omnibus supra dictis casibus ususfructus fuerit a donatore retentus, et traditionem iure intellegi fieri.

Beide Stellen besagen: daß das Zurückbehalten des Nießbrauches der Tradition gleichgeachtet werden soll. Darüber

ist kein Streit möglich. Der Streit kann sich also nur darum drehen: ob wir in diesem Zurückbehalten des Nießbrauches ein Constitutum possessorium zu erblicken haben?

Die Beantwortung der Frage erfordert ein näheres Eingehen in die Natur des jetzt an uns heran getretenen Rechtsgebildes.

Wir begegnen hier zwei Auffassungen: teils wird dasselbe aufgefaßt als ein Zurückbehalten bestimmter Eigentumsbefugnisse, teils als eine völlige Aufgabe des Eigentums und Neubegründung einer Dienstbarkeit. Für die letztere Ansicht haben sich Dernburg[1]) und Windscheid[2]) ausgesprochen; andere Schriftsteller sind der ersteren Auffassung mindestens vom Standpunkte des römischen Rechtes aus zugethan.[3])

In der That dürften die Quellenausdrücke die erstere Auffassung als die allein mögliche erscheinen lassen. Sollte sie unrichtig sein, so müßte schon ihre logische Widersinnigkeit dargethan werden. Einen derartigen Beweis haben freilich Dernburg und Windscheid zu führen versucht, er ist ihnen meines Erachtens aber keineswegs gelungen.

Windscheid geht davon aus, daß die Dienstbarkeit etwas qualitativ anderes, als das Eigentum sei.

Dem gegenüber wäre zunächst darauf hinzuweisen: daß Dienstbarkeit und Eigentum lediglich Begriffe unserer subjectiven Vorstellung sind, die wir erst in die Dinge hineingetragen haben.[4]) Die objective Wirklichkeit kennt solche zusammenfassende Begriffe nicht, sondern nur eine Menge von einzelnen Befugnissen, ausgestattet mit den entsprechenden Normen. Will ich nun wissen, ob Nießbrauch und Eigentum qualitativ verschiedene Begriffe sind, so muß ich auf die Befugnisse zurückgehen, und die Befugnisse des Nießbrauchers mit den Befug-

1) Pfandrt., Bd. 1, S. 272 flg.

2) Pandekten, Bd. 1[5], § 212, No. 7.

3) Vgl. z. B. Büchel, Erörterungen, Bd. 1, Abt. 2, S. 74 flg.; Jhering, Geist, Bd. 3[2], S. 141; Degenkolb, Platzrecht, S. 159; Czyhlarz, Resolutivbedingung, S. 72.

4) Vgl. Zitelmann, S. 200 flg.

nissen des Eigentümers vergleichen. Nehme ich diese Vergleichung vor, so ergiebt sich: daß alle Befugnisse, welche dem Nießbraucher zukommen, auch der Eigentümer hat[1]). Der Unterschied zwischen beiden Begriffen besteht nur darin: daß dem Eigentümer über die Befugnisse des Nießbrauchers hinaus noch ein Ueberschuß von Befugnissen beigelegt ist. Der Unterschied ist also ein rein quantitativer. Nenne ich die Befugnisse des Nießbrauchers x, so kann ich die des Eigentümers mit x + y bezeichnen. Dieses y ist das unterscheidende Merkmal zwischen beiden Begriffen. Wären Eigentum und Nießbrauch qualitativ verschiedene Begriffe, so müßten in beiden Fällen auch die Befugnisse auseinander gehen: es müßten sich Befugnisse des Nießbrauchers nachweisen lassen, die der Eigentümer nicht hat. Da dieses nicht der Fall, so läßt sich die Windscheid'sche Ansicht nicht halten.

Bei Dernburg findet sich folgende Gedankenentwicklung:

„Hätte .. das römische Recht dem Eigentümer erlaubt, bei einer Weiterübertragung seiner Sache einzelne Eigentumsbefugnisse zurückzubehalten, so würden diese Eigentumsreste in ihrer natürlichen Schrankenlosigkeit eine eigene Klasse von Rechten für sich bilden, niemals aber sich zu Servituten gestalten, d. h. zu Gerechtsamen eines bestimmten Subjects zu bestimmtem Zweck."

Diese Schlußfolgerung geht an dem zu beweisenden Satze ganz und gar vorbei. Es war zu beweisen: eine Servitut, z. B. ein Nießbrauch, kann nicht entstehen durch Zurückbehalten von Eigentumsbefugnissen. Statt dessen beweist Dernburg: nicht jedes Zurückbehalten von Eigentumsbefugnissen ist eine Servitut.

So läßt sich denn die Auffassung der Quellen durch die Gesetze der Logik nicht erschüttern; wir werden dabei stehen bleiben müssen: das Zurückbehalten des Nießbrauches ist ein Zurückbehalten von Eigentumsbefugnissen. Mit diesem Grund-

1) Vgl. Windscheid selber, Pand., Bd. 1, § 203.

gedanken ist gleichzeitig die Stellung gegeben, welche wir dem Constitutum possessorium gegenüber einzunehmen haben.

Zurückbehalten des Nießbrauches und Constitutum possessorium sind einander entgegengesetzte Begriffe. Wenn ich die Eigentumsbefugnisse in x + y zerlege, wovon x auf die Nießbrauchsbefugnisse, y auf die überschießenden Befugnisse gehen soll; so legen meine Gedanken beim Constitutum possessorium folgenden Weg zurück. Wegen der überschießenden Befugnisse y will ich von jetzt an Detentor für den neuen Eigentümer sein, folgeweise bleibt der Nießbrauch nach: die überschießenden Befugnisse bilden also den Subtrahendus, während der Nießbrauch als Facit herauskommt. Beim Zurückbehalten des Nießbrauches sind aber gerade die Nießbrauchsbefugnisse der Subtrahendus, während der Eigentumsübergang als das Facit erscheint.

Mag man aber über das Verhältnis von Constitutum possessorium und Zurückbehalten des Nießbrauches denken, wie man will — so viel dürfte feststehen: daß zu Zeiten der römischen Rechtsgelehrten ein Zurückbehalten des Nießbrauches bei der Tradition noch gar nicht möglich war. Dies sagt mit großer Bestimmtheit

Fr. Vat. 47[a]. Paulus lib. I manualium.

In re nec mancipi per traditionem deduci usus-fructus non potest nec in homine, si peregrino tradatur; ciuili enim actione constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est.

Und dieser Satz ist sehr begreiflich: da Tradieren und Zurückbehalten des Nießbrauches, genau genommen, Widersprüche sind. Nur darum konnte es sich handeln: ob man dem Zurückbehalten des Nießbrauches gleiche Wirkung wie der Tradition beilegen wolle. So hat sich die Sache in der That entwickelt.

Die erste sichere Spur dieser Rechtsbildung tritt uns entgegen in c. 8 pr. C. Th. de don. 8, 12 vom Jahre 415. Hier verfügen die Kaiser Honorius und Theodosius:

ne ususfructus exceptio pro traditione possit intelligi.

Was sie hier verbieten, gestatten sie aber zwei Jahre darauf in c. 9 C. Th. eodem.

Aus beiden Verordnungen ergiebt sich: daß die Praxis im Laufe der Zeit auf einem ganz beschränkten Gebiete, dem der Schenkung, das Zurückbehalten des Nießbrauches der Tradition gleichstellte. Diese Praxis kann zu der Zeit, wo die vaticanischen Fragmente abgefaßt wurden, noch nicht anerkannt gewesen sein; wird sich dann aber, worauf uns das olim der oben angeführten c. 9 hinweist, während des vierten Jahrhunderts festgesetzt haben. In der angeführten c. 8 wird zunächst der Versuch gemacht, diese Praxis wieder zu beseitigen, aber in der c. 9 besinnen sich dieselben Kaiser eines bessern.

Das Ergebnis wäre demnach: das Zurückbehalten des Nießbrauches ist kein Constitutum possessorium; jedenfalls kann dieser Fall des Constitutum possessorium den römischen Rechtsgelehrten noch nicht bekannt gewesen sein. In einem andern Zusammenhange werde ich Gelegenheit haben, auf das Zurückbehalten des Nießbrauches wieder zurückzukommen.

Andere für das Constitutum possessorium herangezogene Stellen treten schon mehr in den Hintergrund. So ist es durchaus willkürlich, in folgenden Aussprüchen einen Anwendungsfall des Constitutum possessorium finden zu wollen.

Paulus fr. 1 § 1 pro socio 17, 2.

In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur.

Gaius fr. 2 eodem.

quia, licet specialiter traditio non interueniat, tacita tamen creditur interuenire.

Die Stellen besagen: durch Eingehung einer allgemeinen Gütergemeinschaft entsteht Miteigenthum; einer Tradition der einzelnen Gegenstände bedarf es nicht, dieselbe wird als geschehen angenommen.

Von Besitzerwerb und Besitzverlust ist gar keine Rede. Daraus, daß eine Tradition fingiert wird, darf man nicht schließen wollen: daß auch die Voraussetzungen einer Tradition gegeben sein müßten. Obige Regel greift ebensogut da Platz, wo einer

der beiden Gesellschafter zwar Eigentum, aber keinen Besitz hatte[1]).

Es liegt hier ein Fall vor, wo ausnahmsweise der Wille, Eigentum zu geben und zu nehmen, zum Eigentumsübergange für ausreichend erklärt worden ist. Derartige Fälle kennt auch das neuere Recht.

So genügt bei der Veräußerung eines Schiffs oder Schiffsanteiles zum Eigentumserwerb die Erklärung, daß das Eigentum sofort auf den Erwerber übergehen soll[2]). Ferner hat die Uebergabe des an Ordre lautenden Connossements, sobald die Güter wirklich abgeladen sind, dieselben rechtlichen Wirkungen wie die Uebergabe der Güter[3]).

So verkehrt es nun wäre, diese Fälle des heutigen Rechts dem Constitutum possessorium aufzuzwängen, obwohl es allerdings versucht worden; gerade so ungerechtfertigt ist dieser Standpunkt dem hier in Frage stehenden Miteigentumsfalle des römischen Rechtes gegenüber.

Andere Fälle, die man dem Constitutum possessorium unterstellt hat, sind nichts weiter als eine Besitzumwandlung.

So erledigen sich z. B. die von Savigny[4]) herangezogenen fr. 15 § 2 qui satisdare cogantur 2, 8[5]), und fr. 44 de don. i. u. et ux. 24, 1[6]); ferner die bei Harburger[7]) angeführten fr. 21 pr. A. et A. P. 41, 2[8]) und fr. 22 pr. de precario 43, 26[9]).

1) Schon die Glossatoren stritten darüber, ob im vorliegenden Falle das Eigentum mit oder ohne Besitz erworben werde. Vgl. Glosse Interuenire, Fr. Fradin, tom. 1, fol. 341. Ich bin hier der Puchta'schen Ansicht gefolgt. Vgl. denselben in Weiske's Rechtslexikon, Bd. 2, S. 62, 63, und in seinen Pandektenvorlesungen § 148. Harburger, Const. poss. S. 72 flg. erklärt sich gegen Constitutum possessorium, aber für Besitz- und Eigentums-Uebergang.

2) H.G.B. Art. 439.

3) H.G.B. Art. 649.

4) Rt. des Bes.[7], S. 322; System, Bd. 4, S. 578 flg.

5) Vgl. zu dieser Stelle oben § 38, S. 245 flg.

6) Vgl. zu dieser Stelle oben § 43, S. 286 flg.

7) Constitutum poss. S. 55, 56.

8) Vgl. zu dieser Stelle oben § 38, S. 243.

Es bleibt noch übrig

Ulp. fr. 77 R. V. 6, 1.

Quaedam mulier fundum non marito donauit per epistulam et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem ueluti per colonum.

Bisher ist dieser Ausspruch, wie er von den Compilatoren dem Ulpian in den Mund gelegt, unbeanstandet als Ulpian'scher Ausspruch betrachtet worden. Aber man vergegenwärtige sich: ein einfacher Brief reicht hin, eine vollgültige Schenkung unter Abwesenden mit Eigentumsübergang in Bezug auf ein Grundstück hervorzubringen. Das Schenkungsrecht, wie es uns in den vaticanischen Fragmenten entgegentritt, scheint damit schwer vereinbar. Jedenfalls erheischt die Frage, ob der vorliegende Ausspruch mit den Grundsätzen, welche die vaticanischen Fragmente über Schenkungen aufstellen, sich in Einklang befinde, eine nähere Prüfung. Dieser Punkt soll von mir an einem andern Orte erörtert werden. Hier beschränke ich mich darauf, dem obigen Ausspruche einen verwandten zur Seite zu stellen, welcher den Schriftstellern über Constitutum possessorium vielfach Schwierigkeiten bereitet hat.

Papinianus fr. 48 A. u. A. P. 41, 2.

Praedia cum seruis donauit eorumque se tradidisse possessionem litteris declarauit. si uel unus ex seruis, qui simul cum praediis donatus est, ad eum, qui donum accepit, peruenit, mox in praedia remissus est, per seruum praediorum possessionem quaesitam ceterorumque seruorum constabit.

Jemand verschenkte Grundstücke mit Sklaven und erklärte brieflich, daß er den Besitz hingegeben habe. Tradere hat hier die engere und ursprüngliche Bedeutung von „hingeben", da vom Besitzerwerb sogleich gehandelt wird [1]). Soweit die Grund-

9) Vgl. zu dieser Stelle oben § 38, S. 244 und § 50, S. 318.

1) Vgl. fr. 26 pr. de don. i. u. et ux. 24, 1; fr. 18 § 1 A. u. A. P. 41, 2.

stücke in Betracht kommen, ist die Stelle von Einräumung leeren Besitzes zu verstehen [1]). Wenn bei possessionem der Zusatz uacuam vermieden wurde, so steht dieser Sprachgebrauch auch sonst nicht ohne Beispiele da [2]); hier kommt hinzu, daß mit dem einfachen tradere possessionem die Sklaven ebenfalls getroffen werden sollten.

Der Besitzerwerb geht in folgender Weise vor sich. Einer von den geschenkten Sklaven begiebt sich zum Schenknehmer. Damit ist diesem Gelegenheit geboten, von diesem Sklaven Besitz zu ergreifen. Nachdem dieses geschehen, schickt der Schenknehmer den Sklaven wieder zurück nach den Grundstücken und den übrigen Sklaven, und erlangt so auch an diesen Sachen Besitz.

Die Stelle zeigt uns, daß die Sklaven dazu benutzt wurden, um Abwesenden Besitz an Grundstücken zu erwerben. Der Sklave, welcher hier hin und hergeschickt wird, erspart dem Schenknehmer den Weg zu den Grundstücken. Hätten die Römer ein Constitutum possessorium in dem weiten Umfange gekannt, wie es viele annehmen, so wären derartige Weitläufigkeiten geradezu unbegreiflich. Dazu kommt noch, daß das hier von Papinian befürwortete Verfahren von Anhängern einer strengeren Richtung bekämpft wurde. Diese behaupten: daß ein mit andern Sachen geschenkter oder gekaufter Sklave, nachdem von demselben Besitz ergriffen war, nicht dazu benutzt werden könne, um durch ihn an diesen andern Sachen Besitz zu erwerben [3]). Diesen war also der in unserer Stelle eingeschlagene Weg noch lange nicht weitläufig genug.

Harburger [4]) sucht sich mit dieser Stelle durch die Bemerkung abzufinden: in jener Erklärung des Schenkers liege nicht der Wille ausgesprochen, daß er in ein persönliches Stell-

---

1) Vgl. Esmarch, Vac. poss. trad., S. 28.

2) Vgl. fr. 12 de ui 43, 16; fr. 52 § 2 A. u. A. P. 41, 2; fr. 36 A. E. V. 19, 1.

3) fr. 1 § 16 A. u. A. P. 41, 2.

4) Const. poss. S. 38 flg.

vertretungsverhältnis zum Schenknehmer treten, und in dessen Ausführung den Besitz für ihn erwerben wolle.

Allein wenn jemand erklärt, er habe Grundstücke mit Sklaven geschenkt und deren Besitz tradiert; so läge eine solche Deutung, wie sie hier Harburger ausschließt, wohl so ferne nicht. Jedenfalls wäre nach Harburger dem Constitutum possessorium vollauf Genüge geleistet, wenn das, was Harburger als mögliche Deutung zurückweist, ausdrücklich gesagt wäre. Und doch hätte es selbst unter dieser Voraussetzung mit dem Constitutum possessorium noch gute Wege.

Einmal kennt das römische Recht einen so abstracten Detentionswillen nicht[1]), wie Harburger ihn zuläßt. Fangen wir dann an, diesen Detentionswillen concreter zu gestalten, so kommt uns die Regel in die Quere: neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest[2]). Ferner verdient Beachtung, daß nach Anschauung der römischen Rechtsgelehrten, abgesehen vom Gewaltsverhältnis, nur ein Procurator oder sonstiger Generalvertreter für andere Besitz erwerben konnte. Endlich ist es gar nicht ausgemacht: ob den römischen Rechtsgelehrten ein Constitutum possessorium bei Grundstücken überhaupt bekannt war.

Kohler[3]) glaubt, daß lediglich das Perfectum an der Annahme eines Constitutum possessorium Schuld sei, und erinnert bei dieser Gelegenheit an den lateinischen Briefstil. Aber selbst wenn wir einen heutigen Brief mit Präsensform zu Grunde legen wollten, etwa in der Fassung „ich schenke dir die und die Grundstücke mit den Sklaven und tradiere dir deren Besitz" würde damit der Gedanke an ein Constitutum possessorium nicht ferner gerückt werden. Außerdem vermißt Kohler für den Schenker die Vollmacht zur Besitzergreifung namens des Beschenkten, die er für erforderlich hält, weil ein Handeln als negotiorum gestor doch ziemlich ferne liege. Indessen,

1) Siehe oben § 24.

2) fr. 45 pr. R. J. 50, 17.

3) Gesammelte Abhandlungen, Bd. 1, S. 38 flg.

wenn die Erklärung „ich tradiere den Besitz" nach vorausgegangener Vollmacht ein Constitutum possessorium zu Wege brächte, so müßte eine Genehmigung dieser Erklärung genau dieselbe Wirkung üben.

Einen ähnlichen Fall, wie in unserer Stelle, behandelte Papinian Fr. Vat. 252. Leider ist die Stelle verstümmelt, aber nicht so arg, daß eine Ergänzung völlig ausgeschlossen erscheint [1]). Jedenfalls dürfte die Stelle, selbst in ihrer verstümmelten Gestalt, zu den innern Gründen als äußerliche Beglaubigung dafür hinzutreten: daß wir in dem besprochenen fr. 48 den unverfälschten Gedankengang Papinian's vor uns haben.

§ 53. Schluß.

Das Constitutum possessorium, namentlich in der Ausdehnung, in der es vielfach befürwortet und angewandt worden, ist ein für das Verkehrsleben höchst gefährliches Rechtsgebilde.

In Bezug auf bewegliche Sachen mag hier daran erinnert werden: daß die Konkursordnung das Constitutum possessorium um seiner Gemeingefährlichkeit willen beim Faustpfande beseitigt hat [2]).

Ferner wird allgemein anerkannt, daß der in Art. 306 des H. G. B. zur Anerkennung gelangte Satz „Hand muß Hand wahren" auf Constituta possessoria keine Anwendung leidet [3]).

Der funfzehnte Juristentag hat sich eingehend mit der Frage beschäftigt, welche Stellung die Gesetzgebung bei beweglichen Sachen dem Constitutum possessorium gegenüber einzunehmen habe, und sich für wesentliche Einschränkung ausgesprochen [4]).

---

1) Der Schluß dieser Stelle ist vielleicht so zu lesen: redire iussisset (per seruos) possessionem praediorum (quaesitam) constare.

2) E. G. zur K. O. § 14 Abs. 1.

3) Vgl. z. B. Anschütz und Völderndorff, Comm. Bd. 3, S. 157; Hahn, Comm. Bd. 2², S. 143; Fitting in Goldschmidt's Zeitschrift, Bd. 18, S. 337.

4) Siehe dessen Verhandlungen 1880, Bd. 1, S. 1—12, 72—110; Bd. 2, S. 84—130.

Aber noch gefährlicher als bei beweglichen Sachen könnte ein frei gehandhabtes Constitutum possessorium für Grundstücke werden.

Man vergegenwärtige sich einen Rechtszustand, wo Tradition bei Grundstücken zum Eigentumsübergange genügte, und ein Constitutum possessorium die Stelle der Tradition vertreten könnte. Zunächst soll allerdings das Constitutum possessorium nur dem Besitzerwerbe dienen, aber wo die Tradition Eigentum verschafft, muß es dann auch das Constitutum possessorium.

Ein Gutsbesitzer zieht zu, er hat vom früheren Eigentümer gekauft, und diesem den Kaufpreis zu voll ausgezahlt. Der reiche Mann findet willig in der ganzen Umgegend Credit. Als aber die Gläubiger des langen Wartens endlich müde werden, und ihre Forderungen anfangen gerichtlich geltend zu machen, stellt sich heraus, daß das Gut schon längst durch Constitutum possessorium Eigentum eines andern geworden war.

Das ist gerade das Gefährliche bei diesem Constitutum possessorium, daß es einen Eigentumswechsel in aller Heimlichkeit ermöglicht.

Gegen diese Heimlichkeit richten sich ja unsere neueren Hypothekenbücher mit ihrer Publicität, in der wir alle eine segensreiche Einrichtung erblicken. Das Wesen dieser Publicität, wo sie vollständig durchgebildet, läßt sich in Bezug auf Eigentum und Eigentumsübergang kurz auf folgende Sätze zurückführen: der Eigentümer ist aus dem Grundbuche ersichtlich, die Einsicht des Grundbuches ist jedem Interessenten gestattet, jeder Eigentumswechsel muß vorher öffentlich bekannt gemacht werden [1]).

1) Vgl. in letzterer Beziehung z. B. die mecklenburgische Stadtbuchordnung vom 21. Dezember 1857 § 8 No. 1. Um den Beteiligten Veranlassung zu geben, ihre etwaigen Widerspruchsrechte in Bezug auf die zu erteilende Verlassung gerichtlich, erforderlichen Falles durch Ausbringung von Inhibitorien, geltend zu machen, soll die Verlassung nicht anders geschehen, als wenn sie unter specieller Angabe des zu verlassenden Grundstückes, des abtretenden Besitzers und des neuen Erwerbers vier Wochen vorher mittelst

Die Römer haben von dem Constitutum possessorium jedenfalls keinen ausgedehnten Gebrauch gemacht. Es giebt im ganzen Corpus Juris nur zwei Stellen, welche von demselben handeln: die eine von Celsus, die andere zwar dem Ulpian zugeschrieben, aber der Interpolation dringend verdächtig.

Vor einem Misbrauche des Constitutum possessorium waren die römischen Rechtsgelehrten schon durch den Umstand geschützt: daß das Constitutum possessorium einen Fall des Besitzerwerbes durch Stellvertreter bildet, der Besitzerwerb durch andere gewaltfreie Personen zu Zeiten der römischen Rechtsgelehrten über den Procurator und sonstige Generalvertreter hinaus aber nicht gestattet war.

Im Justinian'schen Rechte ist diese Schranke allerdings gefallen, und auch das Constitutum possessorium hat in Folge dessen eine etwas andere Stellung bekommen. Ich muß die nähere Ausführung dieses Gedankens hier freilich noch unterlassen, weil dazu bestimmte Vorunterſuchungen notwendig sind, die in einen andern Zusammenhang gehören. Auch glaube ich diese vorläufige Beiseitesetzung des Justinian'schen Rechtes um so eher verantworten zu können: als die Darlegung der Grundgedanken, welche die römische Wissenschaft leitete, für das Verständnis des Justinian'schen Rechtes Vorbedingung, und ohne sie eine sichere Beherrschung der Quellen nicht möglich ist; ganz abgesehen davon, daß ein Fürsichbetrachten den beiderseitigen Standpunkt nur um so schärfer wird hervortreten lassen.

Widmen wir jetzt dem Standpunkte der römischen Rechtsgelehrten noch ein paar abschließende Betrachtungen.

Im damaligen Rechtsverkehr machte sich zwar noch der Gegensatz von res mancipi und nec mancipi geltend; die Tradition verschaffte nur bei res nec mancipi volles und bei res mancipi prätorisches oder bonitarisches Eigentum. Aber diesem prätorischen Eigentum gegenüber trat das nackte quiri-

---

Anschlages an die Ratstafel und entweder durch die Schwerin'schen Anzeigen oder in einem Localblatt öffentlich verkündiget worden. Dergleichen Verkündigungen finden nur an dem ersten Dienstage jedes Monates statt.

tische Recht immer mehr in den Hintergrund. So war es denn für die Rechtssicherheit von der größten Bedeutung, nicht bloß bei den Grundstücken, die zu den res nec mancipi gehörten, sondern auch bei den italischen: wie man die Tradition gestaltete, und was man mit derselben auf gleiche Stufe stellte.

Es ist ein Grundsatz der neueren Hypothekengesetzgebung, dem heimlichen Eigentumserwerb zu steuern. Auch die römische Wissenschaft sehen wir gegen die Heimlichkeit in die Schranken treten.

Die Römer haben den Satz aufgestellt: daß ein Besitzerwerb durch bloßen Willen nicht möglich sei, vielmehr ein körperliches Verhältnis hinzukommen müsse. Dieses körperliche Verhältnis bedeutet für Grundstücke, von einer kleinen Abschwächung bei unmittelbar angrenzenden abgesehen, Betreten derselben [1]).

Hierher gehört ferner, daß sich niemand selber seinen Besitzgrund ändern darf [2]), und der Ausschluß des furtum bei Grundstücken [3]).

Die neueren Hypothekengesetzgebungen huldigen dem Grundsatze der Publicität. Auch die Römer haben sich in ihrer Weise beim Verkehr mit Grundstücken ihre Publicität zurechte gemacht; und dieser Publicität diente vor allen Dingen die Einräumung leeren Besitzes.

Wer den Besitz an seinem Grundstück, und folgeweise sein Eigentum, zu Gunsten eines andern aufgeben will, der möge sein Grundstück verlassen. Das ist ein Ereignis, welches in die Augen fällt und sich jedem Nachbar bemerkbar macht.

Diese Einräumung leeren Besitzes ist bei Grundstücken der Hauptfall des freiwilligen Besitzverlustes geblieben. Insbesondere haben die drei neben dieser Einräumung zuletzt besonders behandelten Verlustarten alle nur ein ganz bestimmt abgegrenztes Gebiet.

Die Besitzumwandlung ist ein Rechtsgeschäft zwischen einem

1) Vgl. oben § 31.
2) Vgl. oben § 40.
3) Vgl. oben § 41.

Nichtberechtigten und einem Berechtigten oder wenigstens für berechtigt Gehaltenen [1]).

Der Besitzesverlust durch bloßen Willen, oder, was dasselbe bedeutet, die Umwandlung des Besitzes in Detention hat zur Voraussetzung, daß Besitz und Eigentum auseinander fallen [2]).

Das Constitutum possessorium endlich war nur einem Procurator oder sonstigen Generalvertreter möglich, falls die römischen Rechtsgelehrten es bei Grundstücken überhaupt zugelassen haben sollten [3]).

Das sind die Grundlagen, welche die Römer für den freiwilligen Besitzesverlust an Grundstücken aufgestellt haben; Grundlagen, welche ich für durchaus gesund erklären muß.

Wenn diese Grundlagen bisher als solche nicht erkannt worden sind, so trägt einen Hauptteil der Schuld der Umstand: daß man fortwährend das Constitutum possessorium in die Quellen hineingetragen hat.

Dieses Constitutum possessorium hat die Besitzumwandlung förmlich überwuchert, so daß sie sich in ihrer Eigenart gar nicht geltend machen konnte.

Vom Standpunkte des Constitutum possessorium aus erscheint der Besitzesverlust durch bloßen Willen im hohen Grade rätselhaft: denn warum bleibt Detentor, so fragt man, wer seinen Besitz zu Gunsten eines andern aufgab?

Und ebenso sind die Weitläufigkeiten der Einräumung leeren Besitzes völlig unverständlich, wenn sich alles durch einfaches Constitutum possessorium abmachen ließ.

B. § 54. Freiwilliger Besitzesverlust im Falle der Stellvertretung.

Es soll jetzt die Frage erörtert werden: wie es sich mit den freiwilligen Verlustarten des Besitzes in dem Falle verhält, wenn der Besitz körperlich durch einen andern ausgeübt wird.

1) Vgl. oben § 42 i. A.

2) Siehe oben § 50.

3) Siehe oben § 51 g. E.

Savigny[1]) hat hier, seiner Grundauffassung gemäß, den Satz: der, welcher durch andere den Besitz ausübt, kann durch bloßes Wollen den Besitz verlieren.

Dasselbe wiederholen die neuesten Pandektenlehrbücher.

Bei Windscheid[2]) heißt es:

„Was den Besitz angeht, welcher durch einen Stellvertreter ausgeübt wird, so ergiebt sich aus dem Begriffe desselben, daß er verloren wird: 1) dadurch, daß der Vertretene den Besitzeswillen aufgiebt."

Ebenso endet nach Dernburg[3]) der Wille des Besitzers seinen Besitz, auch wenn dritte für ihn in der Gewahrsam der Sache sind.

Es wird sich aber zeigen, daß dieser Satz unhaltbar. Gehen wir zu diesem Zwecke die einzelnen Verlustarten durch, wie wir sie für den Fall schon kennen gelernt haben, wo der Besitz durch den Besitzer selber körperlich ausgeübt wird.

1. Einräumung leeren Besitzes.

Die Einräumung leeren Besitzes ist auch da möglich, wo der Besitz durch einen andern, z. B. einen Pächter, körperlich ausgeübt wird. Nun ist es aber denkbar, daß der Vertreter die Besitzergreifung nicht zuläßt. Dieser Fall war es gerade, welcher die Römer veranlaßte, bei der Einräumung leeren Besitzes den Besitzesverlust zum Besitzerwerbe in Beziehung zu setzen. Der Besitz soll hier nicht eher verloren gehen, als bis der Erwerb von demjenigen, zu dessen Gunsten die Einräumung erfolgte, geschah[4]). Dieser Erwerb kann vom Vertreter durch einfachen Widerspruch verhindert werden[5]). Macht sich derjenige, dem leerer Besitz eingeräumt worden, trotz eines solchen Widerspruches gleichwohl zum Besitzer, so

1) Rt. des Bes.[7], S. 362.

2) Pandekten, Bd. 1[5], § 157.

3) Pandekten, Bd. 1, § 183.

4) fr. 18 pr. de ui 43, 16. Vgl. dazu oben §§ 19, 20.

5) fr. 12 de ui 43, 16 non admisit. fr. 18 pr. eodem: intrare prohibuit.

liegt eine gewaltthätige Besitzentsetzung vor; dies selbst dann, wenn der Besitzer die Vertreibung seines Vertreters erlaubt haben sollte [1]). So lange also ein Vertreter den Besitz körperlich ausübt, hat ohne seine Einwilligung die Einräumung leeren Besitzes für seinen Vertretenen keinen Besitzesverlust zur Folge.

2. Besitzumwandlung.

Ich beschränke mich auf den Hauptfall, also die Umwandlung in Precaristenbesitz. Nehmen wir folgendes Beispiel: derjenige, welcher einen andern seines Besitzes gewaltsam entsetzt hat, verpachtet das betreffende Grundstück. Kann nun der Besitz des Entsetzers in Precaristenbesitz verwandelt worden?

Wir haben zwei Möglichkeiten in's Auge zu fassen: der Entsetzer selber verhandelt mit dem alten Besitzer, oder sein Vertreter für ihn.

Erste Möglichkeit.

Das Precarium hat zu seiner Voraussetzung ein habere d. h. ein körperliches Innehaben der Sache [2]). Also kann derjenige, dem dieses körperliche Innehaben fehlt, seinen Besitz nicht in Precaristenbesitz verwandeln. Dies scheint zu bestätigen folgender Ausspruch.

Ulp. fr. 8 pr. de precario 43, 26.

Quaesitum est, si Titius me rogauerit, ut re Sempronii utatur, deinde ego Sempronium rogauero, ut concederet, et ille, dum mihi uult praestitum, concesserit. Titius a me habet precario et ego cum eo agam interdicto de precario: Sempronius autem non aget cum eo, quia haec uerba „ab illo precario habes" ostendunt ei demum competere interdictum, a quo quis precario rogauit, non cuius res est. an tamen Sempronius me-

---

1) Im angeführten fr. 18 pr. heißt es: Quaesitum est, an emptori succurri debeat, si uoluntate uenditoris colonum postea ui expulisset. dixi non esse iuuandum, qui mandatum illicitum susceperit.

2) fr. 2 pr. de precario 43, 26. Quod precario ab illo habes.

cum, quasi a me rogatus, interdictum habeat? et magis est, ne habeat, quia non habeo precario, cum non mihi, sed alii impetraui.

Titius hat Gajus darum angegangen, er möge ihm doch gestatten, die Sache des Sempronius zu gebrauchen; Gajus begiebt sich zum Sempronius, daß er dies erlaube; Sempronius erwidert: du, Gajus, kannst mit der Sache machen, was du Lust hast, aber mit dem Titius will ich nichts zu thun haben. Hier kommt ein Precarium zwischen Gajus und Titius zu Stande; wie ist aber das Rechtsverhältnis des Sempronius zu beiden? Zwischen Sempronius und Titius ist kein Precarium abgeschlossen; Sempronius wollte ja nichts mit dem Titius zu thun haben; es machen sich hier die Worte des Edicts geltend „ab illo precario habes". Aber ebensowenig kann von einem Precarium zwischen Sempronius und Gajus die Rede sein: denn nicht der Gajus hat die Sache inne, sondern der Titius.

Die Stelle beweist: daß ein Precarium nicht entsteht, wenn derjenige, welcher darum nachsucht, nicht körperlicher Inhaber der Sache wird. Daraus folgt: daß ein Besitzer, welcher nicht selber den Besitz körperlich ausübt, auch nicht in der Lage ist, seinen Besitz in Precaristenbesitz zu verwandeln. Und da der Verlust seines Besitzes mit Erlangung dieses Precaristenbesitzes in Beziehung zu setzen sein wird, müssen wir Fortbestand des alten Besitzes annehmen.

Zweite Möglichkeit.

In beschränktem Umfange haben es die Römer gestattet: daß derjenige, welcher die Sache körperlich innehat, bezw. inneerhält, für einen andern um ein Precarium nachsuchen darf, wenn dieser andere sich damit einverstanden erklärt. Dies ist nämlich gestattet den gewaltunterworfenen Personen und den Procuratoren.

Ulp. fr. 4 § 2 de precario 43, 26.

Tenetur hoc interdicto non utique ille, qui precario rogauit, sed qui precario habet: etenim fieri potest, ut quis non rogauerit, sed habeat precario. ut

puta seruus meus rogauit: mihi adquisiit precarium: uel quis alius, qui iuri meo subiectus est.

Pomponius fr. 13 eodem.

Si seruus tuus tuo mandato precario rogauerit uel ratum habueris quod ille rogauit tuo nomine, teneberis, quasi precario habeas.

Ulp. fr. 6 § 1 eodem.

Si procurator meus me mandante uel ratum habente precario rogauerit, ego precario habere proprie dicor.

Diese Beschränkung hängt offenbar damit zusammen, und ist ein neuer Beweis dafür: daß die römischen Rechtsgelehrten über den Generalvertreter hinaus einen Besitzerwerb durch freie Personen nicht zugelassen haben.

Sollen wir diese Schranke noch für das Justinian'sche Recht festhalten? Darüber ließe sich streiten. Jedenfalls erfordern unsere heutigen Anschauungen den Satz: ein Precarium kann jeder für einen anderen eingehen, sofern dieser andere damit einverstanden ist.

Und wenn wir nun diesen Satz zu Grunde legen, was wäre für unsere Besitzumwandlung das Ergebnis?

Der Besitzer, dessen Besitz durch einen andern körperlich ausgeübt wird, kann selber seinen Besitz nicht in Precaristenbesitz umwandeln. Sein Vertreter kann es für ihn, wenn er damit einverstanden ist. Aber weil nur sein Vertreter es kann, so ist auch dieser Fall des Besitzverlustes von dem Willen des Vertreters abhängig.

8. Besitzesverlust durch bloßen Willen.

Besitzesverlust durch bloßen Willen ist gleichbedeutend mit Umwandlung des Besitzes in Detention.

Dieses Setzen eines gleichwertigen Begriffes giebt uns schon Auskunft über unsere Frage. Denn wie kann, wer selber kein Detentor, seinen Besitz in Detention umwandeln wollen?

Was aus dem Begriffe als ſolchem hervorgeht, findet in den Quellen ausdrückliche Beſtätigung.

Papinianus fr. 44 § 2 A. u. A. P. 41, 2.

multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti uel animo uel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus: eius uero quod serui uel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus.

Es iſt ein großer Unterſchied, ſagt Papinian: ob wir den Beſitz ſelber körperlich ausüben, oder durch andere ausüben laſſen. Im erſteren Falle iſt freiwilliger Beſitzesverluſt möglich durch bloßen Willen und Einräumung leeren Beſitzes; im zweiten Falle ſind wir auf die Einräumung leeren Beſitzes beſchränkt: alſo iſt Verluſt durch bloßen Willen hier ausgeſchloſſen [1]).

4. Beſitzesrückkehr.

Was von der einfachen Umwandlung des Beſitzes in Detention gilt, muß um ſo mehr von dem in fr. 21 § 3 A. u. A. P. erörterten Falle gelten, wo zu dieſer Umwandlung noch Rückkehr des Beſitzes zum alten Beſitzer hinzutritt [2]).

5. Conſtitutum poſſeſſorium.

Das Conſtitutum poſſeſſorium iſt Tradition an ſich ſelber. Dieſe Tradition an ſich ſelber ſetzt körperliche Ausſcheidung aus dem ſonſtigen Vermögen voraus. Eine ſolche Ausſcheidung kann da nicht vorgenommen werden, wo der Beſitzer die Sache nicht ſelber körperlich innehat.

6. Dereliction.

Vorausſetzung einer Dereliction iſt: daß die Aufgabe des Beſitzes in der Behandlung der Sache äußerlich hervortrete. Dies kann bei Grundſtücken nur dadurch geſchehen, daß der

1) Vgl. zu dieſer Stelle oben § 18.
2) Vgl. oben § 44.

Besitzer das Grundstück verläßt [1]). Wenn er aber gar nicht darauf ist, so kann er es auch nicht verlassen. Also kann von Dereliction keine Rede sein, so lange der Besitz für den Besitzer von einem andern körperlich ausgeübt wird.

7. Herstellung eines locus religiosus.

Die Herstellung eines locus religiosus, welche nach römischem Rechte Besitzesverlust zur Folge hatte, setzt ihrer Natur nach voraus: daß der bestattende Besitzer den betreffenden Platz auch körperlich innehat. Aus diesem Grunde scheidet dieser Fall hier aus.

Nur darum kann es sich handeln: ob derjenige, welcher die Sache körperlich innehat, gegen die Bestattung Widerspruch erheben darf. Ein solches Widerspruchsrecht haben die Römer dinglich Berechtigten teilweise gegeben: in weiterem Umfange dem Nießbraucher [2]), in geringerem Umfange dem Pfandbesitzer [3]). Dem einfachen Detentor, selbst wenn er ein vertragsmäßiges Recht auf Benutzung der Sache hatte, scheint dieser Widerspruch versagt gewesen zu sein. Bei der Pacht kommt hinzu, sofern die Bestattung eigner Angehöriger in Frage steht, daß dem Verpächter wegen eigenen Bedarfes die Aufhebung des Pachtvertrages freisteht [4]).

Heutzutage freilich werden wir einem Pächter ein derartiges Widerspruchsrecht beilegen können: denn heutzutage dienen der Bestattung vor allen Dingen die öffentlichen Begräbnisplätze; und eine anderweitige Bestattung ist mitunter geradezu verboten [5]). Aber nach heutigem Rechte kann bei der ganzen Frage von einem Besitzverluste keine Rede sein [6]).

---

1) Siehe oben § 18 i. A.

2) fr. 2 § 7 de religiosis 11, 7.

3) fr. 2 § 9 eodem.

4) c. 3 Loc. et Cond. 4, 65; Degenkolb, Platzrecht und Miete, S. 165.

5) Revidierte Wismar'sche Gottesacker-Ordnung vom 17. Juni 1883 § 1.

6) Siehe oben § 47.

Ziehen wir jetzt das Facit. Der von Savigny aufgestellte und noch in den heutigen Lehrbüchern vorgetragene Satz muß in sein gerades Gegenteil verwandelt werden: der, welcher durch andere den Besitz ausübt, kann durch bloßes Wollen den Besitz nicht verlieren. In den wenigen Fällen, wo hier überhaupt freiwilliger Besitzesverlust möglich, ist der Vertretene durchaus an die Zustimmung des Vertreters gebunden.

II. Unfreiwilliger Besitzesverlust.

A. § 55. Die einfachen Fälle.

Der freiwillige Besitzesverlust bedingt einen auf Aufgabe des Besitzes gerichteten Willen. Wo wir diesen Willen haben, liegt freiwilliger Besitzesverlust vor, selbst wenn der Wille ein erzwungener sein sollte, in Gemäßheit der Regel: ich habe gewollt, wenn ich auch gezwungen gewollt habe [1]).

Ulp. fr. 5 de ui 43, 16.

Si per uim tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius unde ui interdictum cessare, quoniam non est deiectus, qui compulsus est in possessionem inducere.

Wo wir diesen auf Aufgabe des Besitzes gerichteten Willen aber nicht haben, liegt allemal unfreiwilliger Besitzesverlust vor. Dies selbst dann, wenn der Besitzesverlust durch eigne Handlung des Besitzers herbeigeführt sein sollte, sofern diese Handlung auf etwas anderes gerichtet war. Zwischen a und non a kann sich nicht noch ein drittes einschieben.

Wer z. B. den Entschluß faßt, umzukehren, weil sich seines Grundstückes in seiner Abwesenheit Bewaffnete bemächtigt haben, geht seines Besitzes verlustig. Dies ist aber unfreiwilliger Besitzesverlust. Allerdings faßt der Betreffende den Entschluß, umzukehren, auch verzichtet er auf Widerstand; er verzichtet aber nicht auf seinen Besitz: der Besitzesverlust ist vielmehr eine Folge, welche das Recht an seine Umkehr knüpft.

Wer sich arrogieren ließ, verlor nach römischem Rechte

1) fr. 21 § 5 Q. M. C. 4, 2.

seinen Besitz. Die Arrogation war allerdings sein freier Wille; aber den Besitz verliert er nicht, weil er ihn verlieren wollte, sondern weil das Recht diese Wirkung mit der Arrogation verbindet.

Nach dieser Abgrenzung zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzesverlust wende ich mich zu den einzelnen Fällen des unfreiwilligen Besitzesverlustes.

I. Fortfallen der allgemeinen Voraussetzungen.

Die allgemeinen Voraussetzungen des Besitzes sind besitzfähiger Gegenstand und besitzfähige Person.

1. Der Besitz ist bedingt durch einen besitzfähigen Gegenstand. Mit dem Untergange des Gegenstandes muß demnach der Besitz aufhören. Ebenso wenn der Gegenstand besitzunfähig wird. Unter diesen Gesichtspunkt fällt ebenfalls der locus religiosus, aber auch der locus sacer.

Paulus fr. 30 § 1 A. u. A. P. 41. 2.

namque locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi contemnamus religionem et pro priuato eum teneamus.

2. Der Besitz ist bedingt durch Besitzfähigkeit der Person. Mit dem Aufhören dieser Besitzfähigkeit hört daher auch der Besitz auf.

Besitzfähigkeit ist von der allgemeinen Handlungsfähigkeit auseinander zu halten. Kinder und Wahnsinnige sind im allgemeinen handlungsunfähig, aber besitzfähig.

Besitzunfähig waren nach römischem Recht die Sklaven und Hauskinder.

Pap. fr. 49 § 1 A. u. A. P. 41, 2.

Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est.

Ein Entstehungsgrund der Sklaverei war die Kriegsgefangenschaft. Also ging der Kriegsgefangene seines Besitzes verlustig.

Iauolenus fr. 23 § 1 eodem.

In his, qui in hostium potestatem peruenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est: corporaliter tamen possessionem amittunt: neque enim possunt uideri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur.

Dasselbe trat ein, wenn jemand Hauskind wurde.

Paul. fr. 30 § 3 eodem.

Possidere nos desinimus, aut si is qui possidet in alterius potestatem peruenit.

Der erstere Fall ist heutzutage unpraktisch. Ob und inwieweit der letztere noch Gültigkeit hat, hängt von Beantwortung der Vorfrage ab: ob und inwieweit man die Grundsätze des römischen Rechtes über das peculium profecticium für das heutige Rechtsleben noch für maßgebend hält. Ich halte dieses peculium für unpraktisch.

II. Besitzesverlust bei Anwesenheit des Besitzers.

In einzelnen Fällen geht der Besitz verloren, ohne daß der Besitzer das Grundstück zu verlassen braucht.

1. Besitzumwandlung.

Es giebt auch eine unfreiwillige Besitzumwandlung, und zwar haben wir bereits drei Fälle kennen gelernt:

a. In Gemäßheit der Rutilianischen Constitution hört der Ersitzungsbesitz des Käufers auf, dem die Rückzahlung des Kaufpreises angeboten wurde; er bleibt also bloß Interdictenbesitzer [1]).

b. Je nachdem dem Ehemann seine Schenkung leid thut oder er sie wieder bestätigt, nimmt der Besitz der beschenkten Frau eine verschiedene Gestalt an [2]).

c. Ein drittes Beispiel liefert das Precarium.

Ein Precarium konnte auf Zeit eingegangen werden. Der Ablauf der Zeit hob ursprünglich das Precarium ausnahme-

1) Fr. Vat. 1. Siehe dazu oben § 39, S. 256.

2) fr. 32 § 3 de don. i. u. et ux. 24, 1.

los auf, und vernichtete damit den Precaristenbesitz. Vertreter dieser Ansicht ist noch Pomponius [1]), und diese Auffassung entspricht durchaus der alten buchstäblichen Auslegungsweise.

Anhänger einer milderen Ansicht war Ulpian [2]). Wie eine Miete stillschweigend als verlängert gilt, wenn der Mieter nach Ablauf der ursprünglich vereinbarten Zeit noch wohnen bleibt; so soll es sich auch mit dem Precarium verhalten. Aber diese stillschweigende Verlängerung des Precariums setzt doch immerhin voraus, daß derjenige, welcher das Precarium einräumte, zu der Zeit, als das Precarium ablief, als handlungsfähiger Mensch noch existierte [3]). Gesetzt das Precarium wäre am 16ten April abgelaufen, und derjenige, welcher es eingeräumt hatte, inzwischen wahnsinnig geworden oder damals schon gestorben, ohne daß seine Erbschaft bereits angetreten wäre: so hat das Precarium auch nach Ulpian am 16. April seine Endschaft erreicht.

Was wird nun aus einem solchen Precaristenbesitz, der durch Zeitablauf aufgehoben worden? Die Frage kann sowohl bei dem auf Besitzumwandlung beruhenden, als bei dem durch Hingabe entstandenen Precarium auftauchen.

Bei dem auf Besitzumwandlung beruhenden Precarium ist die Frage schon erörtert worden [4]). Der Fiduziarschuldner, dessen Besitz für eine bestimmte Zeit in Precaristenbesitz umgewandelt worden, ist nach Ablauf dieser Zeit dem Interdictum de precario nicht mehr ausgesetzt, und kann sein Uti possidetis jedermann gegenüber gebrauchen.

Ebenso liegt aber auch die Sache bei dem auf Hingabe beruhenden Precarium. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache bis zum 16ten April precario übergeben, in der Erwartung, daß bis dahin der Kaufpreis bezahlt sei. Am 16ten April findet keine Verlängerung des Precariums statt: also ist

---

1) fr. 5 de precario 43, 26.
2) fr. 4 § 4 eodem. Siehe dazu oben § 40, S. 264.
3) fr. 6 pr. eodem.
4) Siehe oben § 40 S. 265.

der Käufer dem Interdictum de precario nicht mehr ausgesetzt, und kann sein Uti possidetis gegen jedermann gebrauchen.

2. Auch durch Bewältigung auf eigenem Grundstücke kann der Besitz verloren gehen [1]). Man setze: was sich auf Schloß Chillon zutrug, was Kaspar Hauser widerfuhr, wäre dem eignen Besitzer geschehen.

Damit dürften die Fälle des Besitzesverlustes bei Anwesenheit des Besitzers erschöpft sein. In negativer Beziehung verdienen aber noch zwei Punkte Hervorhebung.

Solange sich der Besitzer auf seinem Grundstücke befindet, ist eine heimliche Besitzergreifung an einzelnen Teilen des Grundstückes ausgeschlossen [2]).

Abgesehen von den soeben besprochenen Precariumfällen, giebt es keinen Besitzverlust durch Zeitablauf oder Eintritt einer Resolutivbedingung.

Wenn jemand den Besitz an einer Sache bis zum 16ten April oder bis zur Ankunft des Schiffes Erna Woermann übergeben hat; so tritt mit Ablauf des 16ten April oder mit Ankunft des Schiffes nicht von selber Besitzverlust ein, sondern es entsteht nur eine Verpflichtung zur Zurückgabe des Besitzes.

Dieser Satz könnte in dem durch Streichungen unverständlich gewordenen fr. 17 § 1 A. u. A. P. enthalten gewesen sein [3]); er ist aber auch an sich richtig.

III. Besitzesverlust durch Abwesenheit des Besitzers bedingt.

Ursprünglich war mit dem Verlassen des Grundstückes stets Besitzesverlust verbunden. Später genügt dieses Verlassen als solches nicht: es muß zu diesem Verlassen ein anderweitiger Thatumstand hinzukommen. Dieser Umstand kann sein der Entschluß, den Besitz aufzugeben; dann haben wir den freiwilligen Besitzesverlust. Der unfreiwillige Besitzesverlust

1) fr.1 § 47 de ui 43, 16. Siehe dazu oben § 33.
2) fr. 18 § 3 A. u. A. P. 41, 2. Siehe dazu oben § 32.
3) Siehe dazu oben § 37.

wird durch anderweitige Umstände bedingt. Daß lange Abwesenheit hierzu nicht ausreicht, davon war schon ausführlich die Rede [1]): bloßer Zeitablauf, von noch so langer Dauer, ist nicht im Stande, den Besitz selbst an einem vom Besitzer verlassenen Grundstücke aufzuheben. Die einzigen Thatumstände, welche diese Kraft haben, sind Austreibung und Besitzergreifung von Seiten eines dritten.

1. Die Austreibung.

a. Die Austreibung kann sich als Folge elementarer Gewalt darstellen. Dies liegt vor bei der Ueberschwemmung [2]).

b. Die Austreibung kann von einer Behörde, z. B. von einem Gerichte, erfolgen; in Rom von Seiten des Prätors.

Ulp. fr. 15 § 23 de damno inf. 39, 2.

Ubi autem quis possidere iussus est, dominus deiciendus erit possessione.

Dieser Besitzesverlust hat aber zur Voraussetzung: daß derjenige, zu dessen Gunsten die Austreibung erfolgte, ein Recht auf Besitzergreifung hatte [3]). Hatte er bloß einen Anspruch auf Detention, so kann von einem Besitzesverluste keine Rede sein.

Wenn jemand ein Grundstück gepachtet hat, und der Besitzer nicht rechtzeitig räumt, so kann der Pächter bei Gericht beantragen, daß der Besitzer ausgetrieben werde. Hier tritt aber kein Besitzesverlust ein, weil der Pächter keinen Anspruch auf Besitz hat. Nach römischem Rechte konnte ein Pächter keine Austreibung beantragen, da das Urteil auf Geld lautete, und zwar noch nach Justinian'schem Rechte [4]).

c. Die Austreibung kann von Privatpersonen ausgehen.

Zum Begriffe der römisch-rechtlichen Dejection genügt bald die Austreibung, bald ist Besitzergreifung erforderlich. Beide Arten der Dejection dürften richtiger auseinander zu halten sein:

1) Siehe oben § 6.
2) fr. 3 § 17; fr. 30 § 3 A. u. A. P. 41, 2; und dazu oben § 17.
3) Vgl. noch fr. 3 § 23; fr. 30 § 2 A. u. A. P. 41, 2.
4) Mora, Bd. 2, S. 441 flg.

für die Fälle der ersteren Art will ich den Ausdruck „gewaltthätige Austreibung", für die Fälle der letzteren Art den Ausdruck „gewaltthätige Besitzergreifung" gebrauchen.

Gewaltthätige Austreibung genügt zum Besitzesverlust: wenn die Vertreibung durch physische Gewalt stattfand; und bei Furchterregung, wenn der Besitzer vor einem Haufen oder beim Anblick von Bewaffneten die Flucht ergriff [1]).

Man kann darüber zweifelhaft sein: ob diese Fälle des Besitzverlustes noch eine innere Berechtigung haben. So leicht sich dieser Besitzesverlust vom historischen Standpunkt aus erklärt, scheint es mit dem weiten Umfange, den in späterer Zeit der unkörperliche Besitz an Grundstücken erhalten hat, doch kaum verträglich: einen Besitz preiszugeben, den der eine nicht aufgeben, der andere nicht haben wollte [2]).

Die Anomalie dürfte um so größer sein, als nicht einmal die gerichtliche Austreibung ohne weiteres Besitzesverlust zur Folge hat, sondern nur dann, wenn sie auf Antrag eines solchen geschah, der zur Besitzergreifung berechtigt war.

2. Die Besitzergreifung.

a. Eine gewaltthätige Besitzergreifung liegt vor: wenn der Besitzer die Flucht vor einigen wenigen ergriff; wenn der Besitzer vom Hörensagen wußte, daß Bewaffnete oder ein Haufen kommen würden; bei Verhinderung der Rückkehr des kurze Zeit abwesenden Besitzers [3]).

b. Bei der heimlichen Besitzergreifung haben wir zu unterscheiden zwischen kurzer und langer Abwesenheit.

Im Falle langer Abwesenheit tritt mit der Besitzergreifung sofortiger Besitzesverlust ein. Die herrschende Ansicht geht freilich dahin: daß der Besitzesverlust erst eintrete, wenn der Besitzer von der Besitzergreifung Kenntnis erhalten und sich dabei beruhigt habe. Dies trifft aber in etwas anderer Weise nur für die kurze Abwesenheit zu.

1) Siehe oben § 10, S. 59.
2) Siehe oben § 15.
3) Siehe oben § 14.

Bei kurzer Abwesenheit hat nämlich die heimliche Besitzergreifung dann Besitzesverlust zur Folge, wenn der Zurückkehrende den Entschluß faßt, umzukehren, nachdem er von dieser Besitzergreifung Kunde erhalten.

Wird der Zurückkehrende nicht eingelassen, so verwandelt sich die heimliche Besitzergreifung in gewaltthätige.

Die kurze und lange Abwesenheit werden uns in den beiden folgenden Kapiteln näher beschäftigen.

IV. Verfehlte Stellvertretung.

Ein eigentümlicher Fall des Besitzverlustes tritt uns in fr. 21 de usurp. 41, 3 entgegen, für den ich die Bezeichnung „verfehlte Stellvertretung" gewählt habe. Hiermit hat es folgende Bewandtnis.

Solange der unkörperliche Besitz noch auf dem Rückkehrwillen beruhte, war die körperliche Vertretung für die Besitzesfortdauer von größerer Bedeutung, als später, wo dieser unkörperliche Besitz eine negative Grundlage erhielt. Die körperliche Vertretung hatte aber einen bestimmten Detentionsgrund zur Voraussetzung, ein abstracter Detentionswille war nicht ausreichend. Somit war die Möglichkeit gegeben, daß der Besitz verloren ging, wenn der Detentionsgrund versagte. Dies liegt z. B. vor, wenn ein Ersitzender an den Eigentümer vermietet. Hier wurde nach Javolen nicht bloß die Ersitzung unterbrochen, es ging auch der Interdictenbesitz verloren. Der Verlust des Interdictenbesitzes läßt sich freilich vom Standpunkte des Justinian'schen Rechtes nicht mehr verteidigen, aber die Unterbrechung der Ersitzung ist auch hier noch festgehalten [1]).

B. § 56. Unfreiwilliger Besitzesverlust im Falle der Stellvertretung.

Setzen wir jetzt die einfachen Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes zur Stellvertretung in Beziehung. Dreierlei ist auseinander zu halten.

1) Siehe oben § 26, S. 117 flg.

I. Die einfachen Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes sind von der Art, daß sie von der Stellvertretung nicht berührt werden, sich hier also gerade so gut geltend machen.

1. Hierher gehört das Fortfallen der allgemeinen Voraussetzungen.

Untergang der Sache, Besitzunfähigkeit der Sache wirken genau so: mag nun der Besitz vom Besitzer selber oder einem Vertreter ausgeübt werden.

Dasselbe gilt von der Besitzunfähigkeit des Besitzers: für einen Kriegsgefangenen konnte also auch kein Vertreter den Besitz erhalten.

Dabei tritt uns die eigentümliche Erscheinung entgegen: daß der Besitzunfähige im hohen Grade stellvertretungsfähig ist. Denn gerade die Sklaven wurden von den Römern hauptsächlich zur Besitzausübung benutzt [1]).

Man sollte meinen: wer für sich selber nicht besitzen kann, müßte um so weniger in der Lage sein, für andere den Besitz auszuüben. Aber die Bedürfnisse des Lebens ließen diese Folgerung nicht aufkommen.

2. Die unfreiwillige Besitzumwandlung wird ebenfalls hierher zu stellen sein.

Das Angebot des Kaufpreises, welches nach der Rutilianischen Constitution den Ersitzungsbesitz unterbrach, muß gerade so wirken, wenn der Käufer bereits wieder verpachtet haben sollte.

Die Unschlüssigkeit des Ehemannes, dem seine Schenkung bald leid thut, bald wieder nicht, muß auf den Besitz der beschenkten Ehefrau dieselbe Wirkung ausüben, mag sie nun oder ein anderer für sie den Besitz ausüben.

Den Zeitablauf beim Precarium werden wir nicht anders behandeln wollen, wenn für den Fiduciarschuldner oder den Käufer ein Stellvertreter im Besitze vorhanden sein sollte.

II. In andern Fällen vertritt der Körper des Vertreters den Körper des Besitzers.

---

1) Vgl. oben § 30.

1. Wie der Besitzer, so kann auch sein Vertreter auf dem Grundstücke bewältigt werden[1]).

2. Die Austreibung, sei es nun durch elementare Gewalt, von Gerichts wegen, oder durch Privatpersonen kann ebensowohl den Vertreter treffen.

Gewaltthätige Austreibung durch Privatpersonen muß auch hier zum Besitzverluste genügen: wenn die Austreibung durch physische Gewalt stattfand; und bei Furchterregung, wenn der Vertreter vor einem Haufen oder beim Anblick von Bewaffneten die Flucht ergriff[2]).

Dem Besitzer geht in diesen Fällen sein Besitz verloren, ohne daß er darum zu wissen braucht[3]).

3. Besitzergreifung.

Eine gewaltthätige Besitzergreifung werden wir auch dann anzunehmen haben: wenn der Vertreter die Flucht vor einigen wenigen ergriff; wenn der Vertreter vom Hörensagen wußte, daß Bewaffnete oder ein Haufen kommen würden; bei Verhinderung der Rückkehr des auf kurze Zeit abwesenden Vertreters[4]).

Ferner wird bei kurzer Abwesenheit des Vertreters die heimliche Besitzergreifung ebenfalls Besitzesverlust zur Folge haben, wenn der zurückkehrende Vertreter den Entschluß faßt, umzukehren, nachdem er von dieser Besitzergreifung Kunde erhalten.

III. Es giebt Fälle, die sich bei der Stellvertretung eigenartig entwickelt bezw. gestaltet haben.

1. Es war streitig, ob die lange Abwesenheit des Vertreters als solche einen Besitzesverlust herbeiführe. Justinian verneint diese Frage. Dagegen werden wir sofortigen Besitzesverlust in Folge heimlicher Besitzergreifung hier ebenfalls anzunehmen haben. Insofern ist also nach Justinian'schem Recht zwischen der langen Abwesenheit des Vertreters und des Be-

1) fr. 1 § 46 de ui 43, 16 und dazu oben § 33.
2) Vgl. oben § 16.
3) fr. 1 § 22 de ui 43, 16.
4) Vgl. fr. 31 A. u. A. P. 41, 2.

sitzers kein Unterschied zu machen. Für das Verhältnis zwischen Vertreter und Besitzer kommt aber in Betracht: ob die lange Abwesenheit durch die Umstände gerechtfertigt war, oder ob der Vertreter nachlässig, bezw. böswillig handelte [1]).

2. Der Einfluß, welchen der Tod des Vertreters auf die Besitzverhältnisse hat, ist in den Quellen von verschiedenen Gesichtspunkten aus betrachtet. Nach Justinian'schem Recht werden wir sagen müssen: daß der Besitz trotz dieses Todes fortdauert, und nur durch Besitzergreifung von Seiten eines dritten verloren geht [2]).

Endlich wäre hervorzuheben: daß die Möglichkeit eines Besitzverlustes durch Besitzergreifung von Seiten des eigenen Vertreters sich innerhalb sehr enger Schranken bewegt.

Durch heimliches Handeln kann sich kein Vertreter Besitz verschaffen, sondern nur durch offene Gewaltthat dem Besitzer gegenüber. In ersterer Beziehung stehen ihm die Regeln im Wege: daß an Grundstücken keine Unterschlagung möglich; sowie, daß sich niemand den Besitzgrund selber ändern dürfe [3]).

Fünftes Kapitel.

Kurze Abwesenheit.

§ 57. Vorbemerkung.

Die kurze Abwesenheit findet ihren naturgemäßen Abschluß in der Rückkehr, bezw. dem Rückkehrsversuche des Besitzers. Kehrt der Besitzer gar nicht wieder, oder bleibt er lange aus, so kommen nicht die Grundsätze der kurzen, sondern der langen Abwesenheit zur Anwendung. Weiter haben wir davon auszugehen, daß der Besitzer niemand auf dem Grundstücke zurück-

---

1) Siehe oben § 7.
2) Vgl. oben § 8.
3) Vgl. oben § 41.

gelassen hat. Und endlich muß sich in der Zwischenzeit ein Eindringling eingefunden haben, der Besitz beansprucht.

So treten denn einander gegenüber der Besitzer und der Eindringling, und die Lage beider kann eine vierfach verschiedene werden:

1) es gelingt dem Besitzer, den Eindringling zu vertreiben;
2) beide behaupten sich auf dem Grundstück;
3) der Eindringling verjagt den Besitzer;
4) der Besitzer kehrt um, ohne einen Vertreibungsversuch zu unternehmen.

Von diesen Gesichtspunkten aus soll das Verhältnis zwischen Eindringling und Besitzer hier erörtert werden. Die rechtliche Behandlung ist aber nicht immer dieselbe geblieben. Dem Stande der Quellen entsprechend unterscheiden wir am zweckmäßigsten: den Standpunkt Cicero's, das sonstige vorjustinian'sche Recht, das Justinian'sche Recht.

Die Ausführungen Cicero's beschränken sich freilich auf bestimmte Fragen. Eine vollständige Erörterung der vier Möglichkeiten gestattet nur das übrige Quellenmaterial; und hier weist die verschiedene Behandlung auf eine verschiedene Grundauffassung hin, die sich im Laufe der Zeit vollzogen hat.

1. § 58. Der Standpunkt Cicero's.

Cicero in seiner Rede für den Cäcina beschäftigt sich mit folgendem Falle.

Cäcina hat ein Grundstück geerbt; als er von demselben Besitz ergreifen will, wird er daran von Aebutius, dessen bewaffnetem Sklaven Antiochus und sonstigen Bewaffneten gehindert.

Cic. pro Caecina 8, 22.

et iam ingrediens intra finem eius loci, quem oleae terminabant, impetum armati Antiochi ceterorumque tela atque incursum refugit.

Dieser Thatbestand ist nach Cicero für die Zuständigkeit des Interdictum de ui armata ausreichend. Er begründet seine Ansicht auf folgende Weise.

Das gewöhnliche Interdictum unde ui hatte den Zusatz „cum ille possideret“, oder wie Cicero sagt „cum ego possiderem“. In dem Interdictum de ui armata fehlt dieser Zusatz. Daraus folgert Cicero: daß bei dem Interdictum de ui armata auf vorhanden gewesenen Besitz des Klägers nichts ankommen könne.

pro Caecina 31, 91.

Cur ergo aut in illud quotidianum interdictum „unde ille me ui deiecit“ additur „cum ego possiderem“, si deiici nemo potest, qui non possidet, aut in hoc interdictum „de hominibus armatis“ non additur, si oportet quaeri possederit necne?

Diese Beweisführung Cicero's ist meistens ziemlich wegwerfend behandelt. Man hat gemeint: mit den Ausführungen eines Rechtsanwaltes dürfe man es so genau nicht nehmen [1]).

Allein die Beweisführung Cicero's ist streng juristischer Natur. Das Interdictum wegen einfacher Gewalt lautete zu Cicero's Zeit [2]):

Unde tu aut familia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno ui deiecisti, cum ille possideret, quod nec ui nec clam nec precario a te possideret, eo restituas.

Dagegen das Interdictum de ui armata [3]):

Unde tu aut familia aut procurator tuus illum ui hominibus coactis armatisue deiecisti, eo restituas.

Dabei ist hervorzuheben, daß das Interdictum de ui armata das jüngere Gebilde war [4]). Und wenn nun in diesem jüngern Interdicte der wichtige Zusatz „cum ille possideret“

---

1) Vgl. über diese Frage Savigny, Besitz [7], S. 427 flg.; Keller, Semestria, tom. 1, pag. 380 seqq.; Bethmann-Hollweg, Civilproceß, Bd. 2, S. 361, 837, 839; Meischeider, Besitz, S. 453; Ruhstrat, in Jhering's Jahrbüchern, Bd. 19, S. 147 flg.; Beller, Besitz, S. 94.

2) Lenel, Edictum, S. 371.

3) Lenel a. a. O. S. 375.

4) Cic. pro Tullio 46. age illud alterum interdictum consideremus, quod item nunc est constitutum propter eandem iniquitatem temporum.

fortgelassen wurde, so kann man sich doch kaum der Annahme verschließen: daß dieses Fortlassen ein beabsichtigtes gewesen sein muß. Giebt man dies aber zu, so liegt die Auffassung des vielgeschmähten Cicero gar nicht so weit vom Wege. Dieselbe hätte ganz füglich den Entscheidungsgrund eines Urteils bilden können. Und vielleicht steht Cicero mit seiner Auffassung gar nicht einmal allein da.

Piso, der Verteidiger des Aebutius, legte dagegen auf den Ausdruck „deiecisti" Nachdruck: von einer gewaltthätigen Vertreibung könne nicht die Rede sein, da Cäcina sich ja gar nicht auf dem Grundstücke befunden habe.

pro Caecina 12, 35.

Quoniam ita dicis et ita constituis: „si Caecina, cum in fundo esset, inde deiectus esset, tum per hoc interdictum eum restitui oportuisse: nunc uero deiectum nullo modo esse inde, ubi non fuerit: hoc interdicto nihil nos assecutos esse".

Diesen Einwand sucht Cicero zu entkräften durch ein aus dem Leben gegriffenes Beispiel, welches für uns von hohem Interesse ist. Er fragt den Piso: wenn du heute nach Hause zurückkehrst, und zusammengebrachte bewaffnete Leute verhindern dich am Eintritt, wie wirst du klagen?

Quaero, si te hodie domum tuam redeuntem coacti homines et armati non modo limine tectoque aedium tuarum, sed primo aditu uestibuloque prohibuerint, quid acturus sis.

Man beachte, wie vorsichtig das Beispiel gewählt ist. Das uestibulum, der erste Zutritt, war ein freier Vorplatz; die Hausthür führte unmittelbar in's Atrium[1]). Wer also die Schwelle der Hausthür überschritten hatte, befand sich bereits unter dem Dache des Hauses. Nicht am Betreten der

---

Die Rede für Tullius wurde 72 oder 71 vor Christi gehalten, die für Cäcina 69 v. Chr. Vgl. Teuffel, Röm. Litteratur[5], § 179, No. 4, 13, S. 313, 314.

1) Marquardt, Privatleben der Römer, 1879, Bd. 1, S. 222 flg.

Hausthürschwelle, sondern bereits am Betreten des Vestibulum läßt nun Cicero den Piso verhindert werden. Das Vestibulum war schon ein Teil des Grundstückes. Wer dieses betreten hatte und dann zurückgewiesen wurde, auf den ließ sich schon eher der Begriff Dejection zur Anwendung bringen. Cicero ist es offenbar um ein Beispiel zu thun, wo das Grundstück noch nicht zu einem kleinsten Teile betreten war.

Was die Frage nach der Klage anlangt, so hatte L. Calpurnius, vermutlich einer der Recuperatoren [1]), auf die iniuriarum actio hingewiesen. Dem gegenüber sucht Cicero darzuthun: wie wenig eine auf ein Geldurteil auslaufende Klage im Stande sei, Besitzesschutz zu gewähren.

> Monet amicus meus te, L. Calpurnius, ut idem dicas, quod ipse antea dixit, „iniuriarum". Quid id ad causam possessionis? quid ad restituendum eum, quem oportet restitui? quid denique ad ius ciuile? aut ad actoris notionem atque animaduersionem? Ages iniuriarum? Plus tibi ego largiar. Non solum egeris, uerum etiam condemnaris licet: numquid magis possidebis? Actio enim iniuriarum non ius possessionis assequitur, sed dolorem imminutae libertatis iudicio poenaque mitigat.

Die Stelle ist bemerkenswert wegen der Ansicht, die sie zu widerlegen sucht, sowie der Art und Weise, in welcher diese Widerlegung erfolgt.

Daß in dem von Cicero vorgeführten Falle eine Klage gegeben werden müsse, wird auch von anderer Seite zugestanden. Dem Recuperator, der an die iniuriarum actio erinnerte, mochte vielleicht ein Fall aus der Recuperatorenpraxis vorschweben, da Injurien ebenfalls von Recuperatoren abgeschätzt wurden [2]).

Die Art der Widerlegung läßt dem gegenüber die Natur

---

1) Vgl. Bethmann-Hollweg, der römische Civilproceß, Bd. 2, S. 836, Anm. 21.

2) Gell. N. A 20, 1, § 13.

des Besitzesschutzes mit großer Deutlichkeit hervortreten. Hier handelt es sich darum: den wieder einzusetzen, der wieder eingesetzt werden muß. Die Worte „quid denique ad ius ciuile?“ zeigen vielleicht auf die Usucapion hin, für deren Beginn und Unterbrechung die Interdicte wegen der damit verbundenen, auf die Sache selber gerichteten Zwangsvollstreckung von großer Wichtigkeit waren.

Was mögen die Worte „aut ad actoris notionem atque animaduersionem?“ bedeuten sollen?

Der Zusammenstellung von notio und animaduersio bedient sich Cicero an einer andern Stelle, um die Strafgewalt des Censors zu bezeichnen [1]). Demnach würde actoris notio atque animaduersio die Strafgewalt des Klägers sein. Das scheint auf das cum poena agere bei den Interdicten hinzuweisen, wie Gajus das Sponsionsverfahren hier nennt [2]). Und die Hervorhebung dieses Umstandes mochte um so näher liegen, als in dieser Streitsache es sich wirklich um eine Sponsion handelte [3]). Freilich sind die Ansichten über den Sinn dieser Worte sehr geteilt; meistens nimmt man Verderbtheit des Textes an; auch giebt es hier andere Lesarten [4]).

Jedenfalls sind die zuletzt hervorgehobenen Gegensätze nur Nebenpunkte. Den Hauptpunkt hat Cicero gleich an die Spitze gestellt: beim interdictum de ui armata tritt der Prätor mit seinen Zwangsmitteln ein und setzt den Entsetzten wieder in seinen Besitz. Die auf ein Geldurteil auslaufende Injurienklage vermochte das nicht zu leisten [5]).

---

1) de officiis 3, 31 § 111. indicant notiones animaduersionesque censorum, qui nulla de re diligentius quam de iureiurando iudicabant.

2) Gai. 4, 141.

3) pro Caecina 8, 23. Sponsio facta est. Hac de sponsione nobis iudicandum est.

4) Vgl. Keller, Sem. I, pag. 465, 466; Ciceronis opera von Orelli, tom. II², pag. 490, 491.

5) Ganz im Gegensatz zu Cicero hat freilich Ihering in seinen Jahrbüchern, Bd. 23, S. 267 flg., neuerdings auszuführen versucht: daß die Injurienklage „neben dem Satisfactionseffect noch den Restitutionseffect“ ausgeübt habe.

Und sollte wirklich in dem angeführten Beispiele des Prätors Macht versagen, des Prätors, der so vielfältig mit seinen Interdicten in das Rechtsleben eingreift, und sich dabei um die kleinsten Dinge kümmert, der ganze Tage lang sich nur mit Interdicten beschäftigt? Cicero vermag sich das nicht vorzustellen, und weiß in beredten Worten seiner Ansicht Ausdruck zu geben.

pro Caecina 13, 36.

Praetor interea, Piso, tanta de re tacebit? quemadmodum te restituat in aedes tuas non habebit? Qui dies totos [1]) aut uim fieri uetat aut restitui factam iubet, qui de fossis, de cloacis, de minimis aquarum itinerumque controuersiis interdicit, is repente obmutescet? in atrocissima re quid faciat, non habebit? et C. Pisoni domo tectisque suis prohibito, prohibito, inquam, per homines coactos et armatos, praetor quemadmodum more et exemplo opitulari possit, non habebit?

Der Kern dieser Ciceronianischen Ausführung ist demnach dieser.

Das Interdictum de ui armata dient nicht bloß zur Wiedererlangung, sondern auch zur Erlangung des Besitzes: es ist ein interdictum nicht bloß recuperandae, sondern auch apiscendae possessionis. Namentlich muß es in dem Fall gegeben werden, wenn ein auf kurze Zeit abwesender Besitzer an der Rückkehr durch Waffengewalt gehindert wird. Wie aus dem ganzen Zusammenhange hervorgeht, stellt sich Cicero die Sache so vor: daß der Besitz schon verloren war, bevor der Rückkehrende den Eintritt versuchte.

2. Das vorjustinian'sche Recht.

a. § 59. Die Grundauffassung.

Nach der Auffassung Cicero's war der Besitz schon verloren, bevor der kurze Zeit Abwesende die Rückkehr versuchte:

1) Die ganzen Tage scheinen darauf hinzuweisen, daß es eigne Rechtstage gab, wo vor dem römischen Prätor nur Interdicte verhandelt wurden.

vielleicht nahm Cicero den Besitzesverlust in dem Augenblicke an, wo die Bewaffneten das Grundstück in Besitz genommen hatten; vielleicht auch schon in dem Augenblicke, wo das Grundstück verlassen war.

Eine andere Ansicht könnte vor ihm bereits Q. Mucius, gestorben 82 vor Christi, aufgestellt haben.

Pomponius libro uicensimo tertio ad Quintum Mucium. fr. 25 § 2 A. u. A. P.

> Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an uero, quod quasi magis (Quinto Mucio) probatur, usque eo possideamus, donec reuertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem: et uidetur utilius esse.

Die Stelle hat uns schon anderweitig beschäftigt [1]). Hier ist zuvörderst ihre Beziehung auf Quintus Mucius zu erörtern.

I. Statt des quasi magis der Handschriften vermutet van de Water Quinto Mucio. Diese Vermutung scheint viel für sich zu haben. Einmal giebt quod quasi magis probatur „was gleichsam mehr gefällt" kaum einen vernünftigen Sinn. Ferner ist die Stelle gerade dem Commentare entnommen, den Pomponius zum Quintus Mucius schrieb. Endlich braucht man sich nur die Siglen von quasi und magis, wie sie uns in den vaticanischen Fragmenten erhalten sind [2]), anzusehen, um zu begreifen: wie leicht hier eine Verwechslung möglich war.

Die Streitfrage, von der Pomponius hier berichtet, ging dahin: ob der kurze Zeit Abwesende den Besitz schon in dem Augenblicke verliere, wo dritte von dem Grundstücke Besitz

---

1) Vgl. oben § 14, § 19.

2) Vgl. große Ausgabe von Mommsen, pag. 386, 387; und in der kleinen Ausgabe das specimen palimpsesti.

ergriffen hätten, oder ob er bis zu dem Zeitpunkte dauere, wo der Besitzer zurückgetrieben sei, bezw. auf die Rückkehr verzichtet habe.

Ist van de Water's Vermutung richtig, so hätte sich schon Q. Mucius für die längere Dauer des Besitzes ausgesprochen.

Dagegen könnte man einigen Zweifel hernehmen aus der Darstellung von Gajus[1]), zu dessen Zeit der Willensbesitz noch gar nicht allgemeine Anerkennung gefunden hatte. Nun hätte schon Q. Mucius nicht bloß einfacher Anhänger des Willensbesitzes sein müssen; sondern ihm unter Umständen schon mehr Kraft beigelegt haben, als dem körperlichen Innehaben, das sich mit Besitzeswillen paarte.

Bedenkt man indes, daß bereits zu Proculus' Zeiten der Willensbesitz an Winter- und Sommerweiden, wobei es sich doch um eine lange Abwesenheit handelt, sprichwörtlich geworden war; so hat es fast den Anschein, als ob die Bedenken gegen den Willensbesitz mehr theoretischer Natur waren, durch welche sich die Praxis nicht beirren ließ — wie derartiges ja auch sonst vorkam[2]).

Darnach wäre sehr wohl denkbar, daß bei kurzer Abwesenheit bereits Q. Mucius dem Willensbesitze in angegebener Ausdehnung das Wort geredet hätte.

Jedenfalls hat Pomponius den Willensbesitz in diesem Umfange anerkannt. Die Ansicht ist Justinian'sches Recht geworden, und wir stehen nunmehr vor der Frage: uns diese Ausdehnung des Willensbesitzes zurechtzulegen.

II. Auch darüber fehlt es uns nicht an Aufschluß.

Ulp. fr. 6 § 1 A. u. A. P. 41, 2.

Qui ad nundinas profectus (si) neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupauerit possessionem, uideri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit:

1) Gai. 4, 153. Vgl. dazu oben § 17.

2) Vgl. z. B. fr. 6 § 4 de precario 43, 26; fr. 2 A. u. A. P. 41, 2.

uerum si reuertentem dominum non admiserit, ui magis intellegi possidere, non clam.

Hinter profectus ist vielleicht si einzuschalten. Mommsen schlägt statt Qui im Eingange Si quis vor. Allein qui läßt sich halten, indem man es zum voraufgehenden ignorante eo in Beziehung setzt, dagegen dürfte ein si nicht zu entbehren sein.

Der Wochenmarktsbesucher hat niemand zurückgelassen, inzwischen ist sein Besitztum von einem andern eingenommen: das ist nach Labeo ein heimlicher Besitzer. Wie Labeo sich das Verhältnis des heimlichen Besitzers zum Wochenmarktsbesucher gedacht haben mag, muß dahingestellt bleiben. Das retinet ergo läßt sich schon aus grammatischen Gründen nur auf Ulpian beziehen, und für dessen Auffassung fehlt es somit keineswegs an einem Anhaltspunkte.

Im Eingange unseres fr. 6 hat sich Ulpian mit dem Begriffe des clam possidere beschäftigt. Ein heimlicher Besitzer ist nach Ulpian, der sich hier in Uebereinstimmung setzt mit Pomponius, ein bösgläubiger Besitzer, welcher ohne Wissen des berechtigten Besitzers das Grundstück betreten hat und fürchten muß, mit diesem Streit zu bekommen. Bei dieser controuersia dürfen wir nicht gleich an den Rechtsstreit denken, sondern an den außergerichtlichen Streit, der mutmaßlich entstehen wird, sobald der Besitzer zurückkehrt.

Ein solcher heimlicher Besitzer hat sich nun bei unserm Wochenmarktsbesucher eingeschlichen. Also, sagt Ulpian, behält der Wochenmarktsbesucher seinen Besitz. Dieses Also weist mit großer Bestimmtheit darauf hin: daß der Eindringling zunächst gar keinen Besitz bekommen hat, und daß dem Wochenmarktsbesucher sein voller Besitz erhalten blieb. Ulpian kann nicht etwa ein Doppeltbesitz vorgeschwebt haben, denn dann hätte das ergo keinen Sinn. Pernice[1]), der

1) Labeo, Bd. 1, S. 186. „Ulpian — — knüpft mit dem gänzlich unpassenden ergo an. Ulpian erkennt also den doppelten Besitz an." Mir scheint nun gerade umgekehrt das ergo des Ulpian eine sehr passende, hingegen das „also" des Pernice eine sehr unpassende Anknüpfung zu sein.

hier Doppeltbesitz annimmt, erklärt die Anknüpfung mit ergo einfach für unpassend.

Hat indes der Eindringling den zurückkehrenden Wochenmarktsbesucher nicht eingelassen, dann wird er Besitzer, freilich mehr gewaltthätiger, als heimlicher.

Ulpian läßt also alles auf den Ausgang des Streites ankommen. Erweist sich der Eindringling als der Mächtigere, dann soll er Besitzer werden, aber auch nur dann.

Die heimliche Besitzergreifung muß hier wie anderswo einen Schritt zurücktreten.

Wir haben schon früher gesehen[1]: so lange sich der Besitzer auf seinem Grundstücke befindet, kann an einem Teile dieses Grundstückes kein heimlicher Besitz erworben werden. Genau so verhält es sich nun mit der kurzen Abwesenheit. Die kurze Abwesenheit wird gerade so behandelt, wie wenn der Besitzer sich noch auf dem Grundstücke befände. Von heimlicher Besitzergreifung kann zunächst keine Rede sein; erst bei der Rückkehr muß sich entscheiden, wer der Mächtigere sei.

Der Doppeltbesitz, den man hier in die Quellen hineingetragen, und durch den man die Sache nur verworrener gemacht hat, findet weder an der hier besprochenen, noch an andern Stellen eine Stütze.

Daß jedenfalls Ulpian nichts von Doppeltbesitz wissen wollte, ergiebt zudem

Ulp. fr. 1 § 24 de ui 43, 16.

si quis de agro suo uel de domo processisset nemine suorum relicto, mox reuertens prohibitus sit ingredi uel ipsum praedium, uel si quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possederit, ui deiectus uidetur: ademisti enim ei possessionem, quam animo retinebat, etsi non corpore.

Die gewaltthätige Besitzentsetzung wird teils dadurch vollführt, daß der Zurückkehrende an der Betretung des Grundstücks verhindert wird, teils dadurch, daß ihn jemand unter-

1) Vgl. oben § 32.

wegs festgehalten und Besitz ergriffen hat. Diese gewaltthätige Besitzentsetzung wird dann ein Wegnehmen des Besitzes genannt, der durch Willen zurückgehalten wurde: also muß der alte Besitz so lange gedauert, und der neue kann nicht früher angefangen haben.

Aehnlich verhält es sich mit fr. 25 § 2 A. u. A. P. 41, 2. Der Nichtbesitz des Abwesenden ist die Voraussetzung dafür, daß der körperliche Besitz des Eindringlings als der kräftigere erscheine. Also denkt sich Pomponius beide Besitze als einander ausschließend. Und wenn er nun schließlich den Besitz in der Person des Abwesenden fortdauern läßt, so kann so lange von einem Besitze des Eindringlings überall keine Rede sein.

Endlich bezieht sich das amisisse possessionem in fr. 3 § 8 und fr. 7 A. u. A. P. ebenfalls auf den Verlust des Vollbesitzes.

III. Müssen wir demnach dem Abwesenden vollen Besitz zusprechen, so wäre nunmehr festzustellen: welche Befugnisse ihm dieser volle Besitz nach vorjustinian'schem Rechte verlieh. Am deutlichsten wird dies hervortreten, wenn wir die Befugnisse des gewesenen Besitzers und des gegenwärtigen neben einander halten.

1. Der gewesene Besitzer.

Wir haben zu unterscheiden das Vertreibungsrecht und die Rechtsmittel.

a. Das Vertreibungsrecht.

Das Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers findet seine natürliche Schranke in dem Verteidigungsrecht des gegenwärtigen Besitzers. Auch dieses müssen wir demnach zur Darstellung bringen, wenn wir das Vertreibungsrecht scharf abgrenzen wollen. Es dürfte sich indes empfehlen, zunächst das Vertreibungsrecht als solches in's Auge zu fassen.

α. Das Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers als solches.

Der gewesene Besitzer ist berechtigt, den zu vertreiben, dessen Besitz ihm gegenüber als ein fehlerhafter erscheint.

Paul. sent. 5, 6, § 7.

Qui ui aut clam aut precario possidet ab aduersario, impune deicitur.

Gai. 4. 154.

cum, qui a me ui aut clam aut precario possideret, inpune deici potest [1]).

In dieser Beziehung würde der gewesene Besitzer auch nicht auf einen einmaligen Versuch beschränkt gewesen sein, sondern ihn haben öfters wiederholen können, wenn der erste oder die ersten nicht gleich geglückt hätten.

Das Vertreibungsrecht unterlag ferner keiner Verjährung [2]) und erreichte erst seine Endschaft, wenn das Grundstück in die Hände eines andern kam, dessen Besitz dem hier in Frage stehenden, früher gewesenen Besitzer gegenüber nicht mehr als fehlerhafter betrachtet werden konnte.

Jedoch durfte die Vertreibung nicht mit Waffengewalt ausgeführt werden: denn das interdictum de ui armata stand auch demjenigen zu, dessen Besitz ein fehlerhafter war.

Gai. 4, 155.

Interdum tamen etsi eum ui deiecerim qui a me ui aut clam aut precario possideret, cogor ei restituere possessionem, ueluti si armis eum ui deiecerim.

Und da die Waffengewalt von Gajus nur beispielsweise genannt wird, werden wir dasselbe von den zusammengebrachten Leuten, den homines coacti, anzunehmen haben.

Der Gebrauch von Waffen war nur zulässig, wenn der Zuvertreibende sich durch Waffengewalt in den Besitz gesetzt hatte. So wird zu verstehen sein

Cic. ad fam. 7, 13.

Quod tu prior hominibus armatis non ueneris.

---

1) So zu lesen, dürfte der Handschrift am meisten entsprechen. Krüger und Studemund haben eum statt cum und deicio statt deici potest. Außerdem verwandeln sie possideret in possidet. Der Conjunctivus Imperfecti neben deicio oder deici potest wäre allerdings auffallend, aber zu einer Aenderung doch wohl nicht angethan.

2) Vgl. c. 5 de exc. 8, 35.

Keller[1]) faßt diese Einrede viel zu eng auf, indem er sie auf den Fall beschränkt, wo der Besitz sofort wieder genommen wurde.

Meischeider[2]) meint: Ulpian habe diese Einrede nicht mehr gekannt, und beruft sich hierfür auf

Ulp. fr. 3 § 9 de ui 43, 16.

Eum igitur, qui cum armis uenit, possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex interuallo, dummodo sciamus non solum resistere permissum, ne deiciatur, sed et si deiectus quis fuerit, eundem deicere non ex interuallo, sed ex continenti.

Sicher ist die Sache aber keineswegs. Denn es hat ganz den Anschein, als ob die Zeitbegrenzungen ‚sed hoc confestim, non ex interuallo' und ‚non ex interuallo, sed ex continenti' erst von den Compilatoren herrührten, zumal die Hinzufügung der ersteren gar keinen Sinn giebt.

β. Das Verteidigungsrecht des gegenwärtigen Besitzers.

Es wäre ein Rechtszustand denkbar, welcher dem gegenwärtigen Besitzer jegliche Verteidigung dem gewesenen Besitzer gegenüber untersagte. Insonderheit hätten die Römer, soweit sie dem gewesenen Besitzer ein Vertreibungsrecht beilegten, diesen Weg einschlagen können. Das haben sie indessen nicht gethan, vielmehr greift hier der Satz ein: Gewalt durch Gewalt zu brechen, ist erlaubt.

Ulp. fr. 1 § 27 de ui 43, 16.

Vim ui repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur: apparet autem, inquit, ex eo, arma armis repellere licere.

Bemerkenswert ist zunächst die Behandlung dieses Satzes beim Interdictum de ui. Das erkläre ich mir so.

Beim Interdictum de ui mußte der Satz erörtert werden: qui ui aut clam aut precario possidet ab aduersario, impune deicitur[3]). Diesem Satze gegenüber will nun Cassius

1) Sem. Vol. I, pag. 331 seqq.

2) Besitz, S. 459.

3) Vgl. die Umgebung bei Paul. Sent. 5, 6, 7.

ebenfalls die Schranke gewahrt wissen: Gewalt kann durch Gewalt gebrochen werden. Daß der gegenwärtige Besitzer sonstigen Personen gegenüber zur Gewalt berechtigt sei, war zu selbstverständlich. Das hätte Cassius nicht weitläufig zu begründen brauchen, und deshalb hätte Ulpian nicht nötig gehabt, sich auf Cassius zu berufen [1] [2]).

Die Begründung des Cassius ist eine naturrechtliche: das Verteidigungsrecht ist von der Natur bereitet.

Daraus wird dann eine Folgerung gezogen, die sich der Entwicklung anschließt, welche beim Interdictum de ui armata stattgefunden hatte. Hier hatte sich folgender Satz entwickelt.

Erstens. Der gewesene Besitzer darf nicht den mit Waffen vertreiben, welcher ohne Waffen den Besitz erlangt hat.

Dazu kommt nun zweitens. Dem gewesenen Besitzer, der mit Waffen kommt, kann der gegenwärtige Besitzer auch mit Waffen entgegentreten.

Mommsen ergänzt freilich hinter ex eo ‚quod in interdicto de ui armata receptum est.' Das würde freilich einen ganz andern Sinn geben: denn dann würde das uim ui repellere aus dem arma armis repellere licere erst hergeleitet sein.

Die Mommsen'sche Ergänzung stützt sich auf Bas. 60, 17 § 27, die hier allerdings den Satz haben:

δείκνυται δὲ ἐκ τούτου, ὅτι καὶ ὅπλα ὅπλοις ἀπωθεῖν ἡμῖν ἔξεστιν.

Ob man aber auf Grund der Basiliken derartige Ergänzungen vornehmen darf, scheint sehr bedenklich. Möglich wäre doch auch, daß die Verfasser der Basiliken die Pandekten falsch verstanden hätten. So könnte z. B. im vorliegenden Falle ex eo arma armis repellere licere von ihnen wörtlich, aber falsch aufgefaßt sein als *ἐκ τοῦ ὅπλα ὅπλοις ἀπωθεῖν*

---

1) Die ganze Partie bis zu § 30 einschließlich handelt überhaupt vom ui ab aduersario possidere. Vgl. Lenel, Edictum, S. 372.

2) Bei der actio quod M. C. bringen obigen Satz zur Anwendung Pomponius und Ulpian in fr. 12 § 1 Q. M. C. 4, 2.

ἐξεῖναι, woraus dann der breitere Text der Basiliken hervorgegangen wäre.

Mögen wir nun aber uim ui repellere aus dem arma armis repellere herleiten oder umgekehrt verfahren, wenn nur Waffen mit Waffen zurückgewiesen werden dürfen, so folgt drittens. Der gegenwärtige Besitzer darf sich dem gewesenen Besitzer gegenüber, welcher ohne Waffen kommt, nicht mit Waffen zur Wehr setzen.

Cicero kennt diesen Satz ebenfalls schon, aber nur bei dem auf kurze Zeit abwesenden Besitzer, dessen Besitz er sich als verloren vorstellt [1]).

So erhalten wir denn folgendes

Schema.

A. Angriff des gewesenen Besitzers.

a) ohne Waffen.

Unter allen Umständen ist er berechtigt, den zu vertreiben, dessen Besitz ihm gegenüber ein fehlerhafter war, und erlangt dann durch Rechtsmittel geschützten Besitz.

b) mit Waffen.

α. Der gegenwärtige Besitzer war durch Waffen in Besitz gelangt; dieser kann durch Waffengewalt vertrieben werden.

β. Der gegenwärtige Besitzer ist ohne Waffen in den Besitz gelangt.

Wird dieser mit Waffen vertrieben, so unterliegt der Vertreiber dem Interdictum de ui armata.

B. Verteidigung des gegenwärtigen Besitzers.

a) Angriff ohne Waffen.

α. Derselbe wird ohne Waffen zurückgeschlagen, dies ist erlaubt.

β. Derselbe wird mit Waffen zurückgeschlagen, dies begründet das Interdictum de ui armata.

---

1) Siehe oben § 58 a. E.

b) Angriff mit Waffen.

Ein Angriff mit Waffen kann auch mit Waffen zurückgewiesen werden.

b. Die Rechtsmittel.

Der gewesene Besitzer hat das Interdictum de ui und de ui armata wegen gewaltthätiger Vertreibung; ferner das Interdictum de precario, wenn er den Besitz precario eingeräumt hatte: dagegen fehlt es an einem Interdictenschutz wegen heimlicher Besitzentziehung als solcher.

Savigny[1]) nimmt allerdings ein eignes interdictum de clandestina possessione an, und stützt dasselbe auf fr. 7 § 5 Comm. diu. 10, 3, sowie Cic. de lege agraria contra Rullum 3, 3 § 11. Die erstere Stelle wird uns später noch beschäftigen[2]), die andere ist völlig nichtssagend. Vielmehr dürfte gerade die Rede für Cäcina einen nicht unwichtigen Anhaltspunkt nach der Richtung hin bieten: daß es zu Cicero's Zeiten ein interdictum de clandestina possessione nicht gegeben haben kann.

Cicero hält hier dem Piso die Frage entgegen: wenn du heute zu Hause gehst, und Bewaffnete verhindern dich am Eintritt, wie wirst du klagen? Cicero selber befürwortet das interdictum de ui armata, das seiner Ansicht zufolge zugleich ein Interdictum apiscendae possessionis ist, von anderer Seite war auf die Injurienklage hingewiesen worden. Bei beiden Klagen war davon ausgegangen, daß der Besitz schon vor dem versuchten Eintritt verloren ging, also heimlicher Besitzerwerb vorlag. Wie nahe hätte es nun gelegen, statt auf die Injurienklage, auf das interdictum de clandestina possessione hinzuweisen, wenn es ein solches zu Cicero's Zeiten gegeben hätte.

2. Der gegenwärtige Besitzer.

a. Das Vertreibungsrecht.

Der gegenwärtige Besitzer hat das Vertreibungsrecht, bezw. Verteidigungsrecht gegen jedermann: dies ergiebt der Besitzes-

1) Recht des Besitzes[7], S. 456.

2) Vgl. unten § 75.

begriff. Denn wer einen andern daran verhindert, von dem besessenen Grundstücke Besitz zu ergreifen, erhält sich damit seinen Besitz. Für die Besitzesfortdauer ist es auch ganz gleichgültig, ob die Vertreibung mit Waffen oder ohne Waffen geschah.

Andererseits sind dem Gebrauche von Waffen freilich Schranken gesetzt.

Einfacher Gewalt des gewesenen Besitzers, dem gegenüber der gegenwärtige Besitzer fehlerhaften Besitz ausübt, darf keine Waffengewalt entgegengestellt werden. Eine solche Gegenwehr begründet das Interdictum de ui armata. Davon war soeben die Rede.

Ebenso steht aber jeder Berechtigte da, wenn er auch nie Besitzer gewesen sein sollte. Hier darf ebenfalls nur einem bewaffneten Angriffe, nicht aber einem einfachen Angriffe mit Waffen begegnet werden.

Dies ergiebt

Ulp. fr. 3 § 9 de ui 43, 16.

Eum igitur, qui cum armis uenit, possumus armis repellere.

Denn der is qui cum armis uenit wird zu dem dominus in Beziehung zu setzen sein, den der voraufgehende und nachfolgende Paragraph ausdrücklich nennt. Hiervon werde ich sogleich näher handeln müssen.

Wenn nun der nach kurzer Zeit zurückkehrende Besitzer einem gegenwärtigen gleich behandelt wurde, so können wir ihm ebensowenig das Vertreibungsrecht im angegebenen Umfange versagen.

b. Die Rechtsmittel.

Der gegenwärtige Besitzer, welcher wider seinen Willen vertrieben wird, hat immer das Interdictum de ui: er müßte denn vom gewesenen Besitzer, dem gegenüber sein Besitz ein fehlerhafter war, oder vom Berechtigten vertrieben sein.

Ebenso steht der Besitzer da, welcher nach kurzer Zeit zurückkehrt und an der Betretung seines Grundstückes verhindert wird.

IV. Damit sind die Befugnisse des auf kurze Zeit abwesenden Besitzers festgestellt, und damit ist gleichzeitig die Bedeutung der Streitfrage dargelegt, von der uns Pomponius in fr. 25 § 2 A. u. A. P. berichtet. Es bleibt noch übrig, die Entwicklung des Besitzesschutzes in seinen Hauptzügen kennen zu lernen.

In dieser Beziehung greifen wir nun wohl schwerlich fehl, wenn wir den Ausgangspunkt für den Besitzesschutz in der Selbsthülfe suchen. Hierfür spricht nicht nur, daß der Interdictenschutz des vorjustinian'schen Rechtes ein unvollständiger war; sondern noch mehr vielleicht der Umstand, daß dieser Interdictenschutz lediglich sich als eine Nachahmung der Selbsthülfe darstellt.

Der gewesene Besitzer hatte ursprünglich volles Vertreibungsrecht jedem gegenüber, dessen Besitzesausübung, mit der seinigen verglichen, sich als eine fehlerhafte darstellte. Gelang ihm die Vertreibung, so lag für ein Einschreiten des Prätors keine Veranlassung vor. Der gegenwärtige Besitzer konnte sich jedem Angriffe gegenüber verteidigen.

Wenn aber ein Besitzer von einem Nichtberechtigten seines Besitzes gewaltsam entsetzt war, die Selbsthülfe sich also als unzureichend erwiesen hatte, dann griff der Prätor mit seinem interdictum unde ui ein.

Das Interdictum Uti possidetis hat einen Kampf auf dem Grundstücke zur Voraussetzung. Der Prätor schreitet mit seinem Vim fieri ueto zu Gunsten desjenigen ein, dessen Besitz sich als der fehlerfreie erweist.

Und wie der Interdictenschutz sich als eine Ergänzung der Selbsthülfe darstellt, ist er andererseits nichts als eine Nachahmung derselben.

Dem gewesenen Besitzer, der von einem Unberechtigten vertrieben wurde, steht der Prätor bei: er setzt ihn wieder in seinen Besitz ein und übt an seiner Stelle das Vertreibungsrecht. Aber auch schon während der Kampf noch auf dem Grundstücke tobt, kann der Prätor dem Berechtigten seinen Beistand verleihen und den Unberechtigten verjagen.

Der Prätor übt an Stelle des Berechtigten das Vertreibungsrecht. Zu dem gewöhnlichen Verfahren, das seiner Anlage gemäß auf ein Geldurteil auslief, bilden die Interdicte einen schroffen Gegensatz: wie Cicero nachdrücklich hervorhebt. Zwar läßt sich eine Schätzung auch des Besitzes nicht unter allen Umständen vermeiden. Aber wie ungelenk man in dieser Beziehung noch zu Servius' Zeiten war, beweist der Umstand: daß dieser Gelehrte zwischen Eigentums- und Besitzesabschätzung keinen Unterschied gemacht wissen wollte [1]).

Die Selbsthülfe war der Ausgangspunkt und der Interdictenschutz nur ein mangelhafter: aber nach beiden Richtungen hin haben wir schon eine Entwicklung kennen gelernt, indem die Selbsthülfe eingeschränkt, der Interdictenschutz erweitert wurde.

Wer seines Besitzes verlustig gegangen war, sollte sich denselben durch Anwendung von qualificierter Gewalt, insonderheit Waffengewalt, im allgemeinen nicht wieder verschaffen dürfen. Diese Einschränkung der Selbsthülfe war eine Folge des Interdictum de ui armata, welches auch demjenigen, dessen Besitzesausübung eine fehlerhafte war, wieder zu seinem Besitze verhalf.

Der heimlichen Besitzentziehung gegenüber gab es keinen Interdictenschutz. Man erklärte aber eine heimliche Besitzentziehung an Teilen des Grundstückes so lange für unmöglich, als der Besitzer auf dem Grundstücke verweilte. So gelangte man hier auf künstliche Weise zum Besitzesschutze wegen gewaltsamer Besitzesentziehung.

Ferner machte sich das Bedürfnis geltend, den Besitzer gegen heimliche Besitzentziehung in Schutz zu nehmen, der nach kurzer Abwesenheit zurückkehrte. Es gewann die Ansicht des Q. Mucius, wenn dieser der Urheber sein sollte, die Oberhand, wonach die heimliche Besitzesentziehung zunächst für unwirksam erklärt, und so auch hier die Möglichkeit einer gewalt-

1) fr. 3 § 11 Uti possidetis 43, 17. Seruii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est.

samen Besitzentziehung geschaffen wurde. Cicero nahm schon vor der Rückkehr Besitzesverlust an, glaubte aber gleichwohl mit dem Interdictum de ui armata helfen zu können: indem er dieses für ein interdictum apiscendae possessionis erklärte, das daher auch nicht einem gewesenen Besitzer versagt werden dürfe, dem ein heimlicher Besitzergreifer gegenüberstand.

b. § 60. Eine besonders zu betrachtende Stelle.

Unter den Stellen, welche sich mit dem rückkehrenden Besitzer beschäftigen, pflegt auch aufgeführt zu werden

Ulp. fr. 3 § 8 de ui 43, 16.

Si autem, cum dominus ueniret in possessionem, armati eum prohibuerunt, qui inuaserant possessionem, uideri eum armis deiectum [1]).

Dabei erregt indes sofort Bedenken: daß nicht von einem redire, sondern von einem uenire die Rede ist; ein kommender Eigentümer erweckt aber eher Vorstellungen von Ergreifung neuen Besitzes, als von Rückkehr in alten Besitz.

An sonstigen Beispielen, wo uenire in possessionem von Ergreifung neuen Besitzes gesagt wäre, fehlt es ebenfalls nicht.

Pomp. fr. 33 A. u. A. P. 41, 2.

non recte emptor per se in possessionem ueniet.

Ulp. fr. 1 §§ 1 u. 3 Ne uis fiat ei 43, 4.

frustra enim in possessionem mitteret rei seruandae causa, nisi missos tueretur et prohibentes uenire in possessionem coerceret.

Haec actio non tantum eum tenet, qui prohibuit quem uenire in possessionem, sed etiam eum, qui possessione pulsus est, cum uenisset in possessionem.

Die beiden letzten Stellen beziehen sich zwar auf die prätorische Besitzeinweisung, es tritt aber in ihnen recht deutlich hervor: daß das prohibere uenire in possessionem nur von Ergreifung neuen Besitzes verstanden werden kann [2]).

---

1) Vgl. z. B. Windscheid, Pand. Bd. 1⁶, § 160, A. 6.

2) Vgl. ferner fr. un. § 2, 6, 7 Si mulier uentris nomine 25, 6.

Nun handelt es sich in unserer Stelle ebenfalls um ein solches prohibere, und die Beziehung auf Ergreifung neuen Besitzes wird um so notwendiger, als gleich im folgenden, mit igitur angeknüpften § 9 der qui cum armis uenit nur ein solcher Ankömmling sein kann, worauf uns das resistere hinweist.

Darnach enthielte denn unsere Stelle den Satz: daß das interdictum de ui armata auch dem Eigentümer zustehe, welcher durch Waffengewalt an Ergreifung des Besitzes gehindert werde; und Ulpian befände sich in merkwürdiger Uebereinstimmung mit Cicero.

Auf diese Uebereinstimmung zwischen Ulpian und Cicero hat bereits Hotoman[1]) hingewiesen. Darob ist er freilich hart angelassen worden[2]). Allein Grobheit ist noch keine Widerlegung.

Im Grunde hat man nichts weiter vorzubringen gewußt, als daß man folgende Stelle vorführte[3]):

Ulp. fr. 1 § 23 de ui 43, 16.

Interdictum autem hoc nulli competit nisi ei, qui tunc cum deiceretur possidebat, nec alius deici uisus est quam qui possidet.

Damit ist aber nicht das allermindeste bewiesen. Denn im fr. 1 de ui beschäftigt sich Ulpian mit dem Interdicte wegen einfacher Gewalt, im fr. 3, dem unsere Stelle entlehnt, aber mit dem Interdictum de ui armata; und es war ja schon davon die Rede, daß die Fassung der beiden Interdicte eine sehr verschiedene, indem das eine den Zusatz „cum ille possideret" hatte, welcher im andern fehlte.

In der That dürften noch sonstige Anhaltspunkte dafür

---

1) Commentariorum in orationes M. T. Ciceronis, Vol. I, 1554, pag. 568.

2) z. B. von Garatoni, Ciceronis opera ex recensione Graeuii, tom. 6, Neapoli 1777, pag. 91, dem Keller, Sem. I, pag. 387, 388 aus voller Seele zustimmt.

3) Vgl. I. G. Huschke, Analecta litteraria, pag. 165.

vorhanden sein, daß das Interdictum de ui armata zu Ulpian's Zeit zugleich apiscendae possessionis war.

Bei Paulus fr. 2 § 3 de interd. 43, 1 heißt es am Schlusse:

sunt interdicta, ut diximus, duplicia tam reciperandae quam apiscendae possessionis.

Nun sind aber Interdicte dieser Art im Vorhergehenden gar nicht erwähnt, müssen also gestrichen sein. Andererseits heißt es unmittelbar vorher:

reciperandae possessionis causa proponuntur sub rubrica unde ui: aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt. retinendae possessionis sunt interdicta uti possidetis.

Könnte hier zwischen beiden Sätzen nicht die Bemerkung ausgefallen sein: daß das interdictum de ui armata sowohl reciperandae als apiscendae possessionis sei?

Mehr noch fällt in's Gewicht

Ulp. fr. 3 § 12 de ui 43, 16.

Hoc interdictum etiam aduersus eum proponitur, qui dolo malo fecit, quo quis armis deiceretur: et post annum reddetur in id, quod peruenit ad eum qui prohibuit [1]).

Die Stelle scheint zunächst zu beweisen, daß es auch ein Interdictum gab mit dolo malo fecisti quo magis armis deiceretur. Die Annahme Lenel's [2]), daß es sich hier nur um eine freie Auslegung von deiecisti handle, läßt sich mit dem proponitur kaum vereinigen.

Außerdem muß es aber auch ein Interdictum Unde ui hominibus armatis prohibuisti gegeben haben.

---

1) Das hinter prohibuit folgende unde ui zieht Mommsen noch zum § 12 und vermutet statt dessen deiecitue ui. Mit unde ui dürfte aber der § 13 beginnen. Vgl. Rudorff, Zeitschrift für gesch. Rtsw. Bd. 11, S. 232, A. 19; A. Schmidt im Jahrbuch von Bekker u. Muther, Bd. 3, S. 256, A. 19; Degenkolb, Platzrecht, S. 88. A. 1.

2) Edict, S. 376.

Lenel hält freilich die ganze Bemerkung „et post annum — prohibuit“ für ein Machwerk der Compilatoren, „die das Interdictum de ui armata mit dem Vulgarinterdict ausgleichen wollten“. Und ähnlich hat sich schon Cujaz[1]) geäußert.

Man sieht dann nur nicht ein, warum die Compilatoren ihre Sache so gar ungeschickt gemacht hätten, indem sie prohibuit statt deiecit schrieben.

Ebenso willkürlich dürfte es sein, mit A. Schmidt[2]) prohibuit auf ein Versehen der Abschreiber zurückzuführen.

Wenn ferner Lenel andeutet: Ulpian werde von einer in factum actio gesprochen haben — so will mir auch diese Annahme wegen des reddetur nicht recht gefallen, zumal Interdicte auf die Bereicherung auch sonst vorkommen[3]).

Die Sache stellt sich demnach so.

Neben dem Interdictum de ui armata mit unde deiecisti hatte sich ein Interdictum mit unde prohibuisti entwickelt. Während ersteres keinerlei Verjährung unterlag, ging letzteres nach Ablauf eines Jahres nur auf die Bereicherung. Insofern wurde also die Verhinderung durch Waffen der gewöhnlichen Gewalt gleichgestellt[4]).

Die Ansicht, die Cicero in seiner Rede für den Cäcina verficht, und wegen der er von neueren Schriftstellern manchen Vorwurf hat hinnehmen müssen, hatte sich also in der That Bahn gebrochen; und keinen geringeren als Ulpian sehen wir auf Cicero's Seite.

Zur Erklärung unserer Stelle wurde bereits der mit igitur angeknüpfte § 9 herangezogen. Es dürfte aber für das Verständnis unserer Stelle dienlich sein, dem Zusammenhange,

---

1) Obs. 5, 20. Opp. omnia, tom. 3, c. 118.

2) Interdictenverfahren S. 121.

3) Vgl. fr. 7 § 5 Comm. diu. 10, 3; fr. 15 § 3 Quod ui aut clam 43, 24; fr. 8 § 8 de prec. 43, 26; fr. 20 § 8 O. N. N. 39, 1; A. Schmidt a. a. O. S. 167.

4) Fr. Vat. 312; fr. 1 pr. de ui 43, 16.

in dem sie uns entgegentritt, noch ein wenig weiter nachzugehen.

Nachdem Ulpian im § 7 mit dem Interdictum Unde ui hominibus coactis armatisue deiecisti abgeschlossen, geht er im § 8 auf das Interdictum Unde ui hominibus armatis prohibuisti über. Im § 9 fährt er dann, unter Weglassung der von mir angenommenen Interpolationen, so fort:

> Eum igitur, qui cum armis uenit, possumus armis repellere, dum modo sciamus non solum resistere permissum ne deiciatur, sed et si deiectus quis fuerit eundem deicere.

Wer mit Waffen kommt, den können wir mit Waffen vertreiben: und zwar ist uns in dieser Beziehung nicht bloß Widerstand erlaubt; wir können auch den mit Waffen vertreiben, der uns in dieser Weise vertrieben hatte.

Das klingt wiederum ganz Ciceronianisch. Dem Interdictum de ui armata konnte die Einrede entgegengesetzt werden: quod tu prior hominibus armatis non ueneris.

Im § 10 heißt es dann:

> Cum procurator armatus uenit, et ipse dominus armis deiecisse uidetur, siue mandauit, siue, ut Iulianus ait, ratum habuit.

Auch hier ist uenit von der Besitzergreifung gesagt, und dasselbe gilt vom folgenden Paragraphen 11.

c. § 61. Nähere Ausführung.

Ich wende mich jetzt zur Erörterung der vier Möglichkeiten, deren ich in der Vorbemerkung gedachte.

1. Der Besitzer kehrt um, ohne einen Vertreibungsversuch zu unternehmen.

Schon früher wurde darauf hingewiesen [1]), daß dieser Fall des Besitzesverlustes von der gewaltthätigen Vertreibung auseinanderzuhalten ist; wie denn auch die hiervon handelnden Stellen, fr. 3 § 8 und fr. 7 A. u. A. P., mit keiner Silbe

1) Siehe oben § 14.

einer Gewaltthat gedenken, und ebensowenig das animo in fr. 25 § 2 eodem auf eine Gewaltthat bezogen werden kann.

Bruns[1]) glaubt freilich: auch hier den Begriff Gewaltthat halten zu können. Zwar sei in der Regel zur Annahme einer Gewalt „die Aufforderung vom alten Besitzer zur Räumung des Besitzes notwendig". Unnötig soll sie aber sein: „wenn der Occupant schon vorher ausdrücklich oder stillschweigend durch sein Benehmen erklärt, daß er den Besitz nicht räumen und den alten Besitzer nötigenfalls mit Gewalt zurückweisen werde". So soll die Sache in unserm Falle liegen, wofür noch weiter dies vorgebracht wird: „denn so gut man bei der eigentlichen Dejection die wirkliche Verübung der Gewaltthätigkeit nicht abzuwarten braucht, sondern vorher fliehen kann und dann doch als dejiciert gilt, so gut muß man sich auch hier von der Verübung der Gewalt fern halten können, und dann doch die rechtlichen Schutzmittel ebenso haben wie dort".

Daß mit dem fraglichen Thatbestande der Begriff unserer heutigen Nötigung nicht gegeben ist, bedarf wohl keiner weitern Begründung. Nun haben die Römer ihrer uis allerdings auch Vorbereitungshandlungen unterstellt, indem es genügen soll: wenn ein Besitzer beim Anblicke eines Haufens oder einzelner Bewaffneter, welche ihn verjagen wollen, die Flucht ergreift. Aber zwischen diesem Fall und unserer Umkehr ist doch noch ein wesentlicher Unterschied. Bei der Flucht haben wir eine Wirkung von Person auf Person, die dem Vertreiber vollständig zum Bewußtsein kommt. Aber an diesem Bewußtsein, das bei Delicten sonst kein ganz gleichgültiger Umstand zu sein pflegt, fehlt es in unserm Falle gänzlich. Mit Recht hebt daher Meischeider[2]) hervor: daß die Erklärung, Herr zu bleiben, dem Eindringling gegenüber vom alten Besitzer abgegeben werden muß und ihm nicht erspart werden kann.

Die Ansicht Bruns' würde in der That zu Entscheidungen ganz bedenklicher Art führen. Man setze folgenden Fall.

1) Besitzklagen, S. 155. 156.

2) Besitz S. 458, A. 1.

Eine alte Dame, die mit ihrem Mädchen ein kleines Haus allein bewohnt, ist an einem Winternachmittage in einen Kaffee geladen. Das Mädchen ist ihr nachgegangen, sie abzuholen; der Kaffee zieht sich noch etwas in die Länge. Währenddessen betritt ein Handwerksbursche das Haus. Als die Dame mit ihrem Mädchen zurückkehrt, eilt ihnen die Nachbarin entgegen: in ihrem Hause sei ein Mann mit einem großen Stocke, er sei nicht wieder herausgegangen, sie habe das ganz genau beobachtet. Was soll man nun in dunkler Abendstunde beginnen? Die Nachbarin hat ein Fremdenzimmer. Das Anerbieten, dort zu bleiben, wird für diese Nacht angenommen.

Hier haben wir Umkehr vor einem Eindringling, also nach Bruns eine Gewaltthat. Der Stock fällt unter den Begriff Waffe [1]), also uis armata, da die Benutzung der Waffe nicht erforderlich [2]). Vis armata wurde nach vorjustinian'schem Recht mit Relegation, zu Justinian's Zeiten mit Deportation bestraft. Und dieser Handwerksbursche hatte es vielleicht nur auf einen Zehrpfennig oder etwas Warmes abgesehen: da er aber ein leeres Haus vorfand, benutzte er dasselbe als sein Nachtquartier.

Bruns setzt allerdings einen Eindringling voraus, der durch sein Benehmen erklärt, daß er den Besitz nicht räumen und den alten Besitzer nötigenfalls mit Gewalt zurückweisen werde. Woher soll man dies aber so genau wissen? Um dieses festzustellen, ist eben erforderlich, daß der zurückkehrende Besitzer den Eintritt versucht.

Müssen wir nun für den vorliegenden Fall die Gewaltthat in Abrede nehmen, so versagt damit auch das Interdictum de ui. Der Besitzer ist seines Besitzes verlustig gegangen; und um ihn wieder zu erlangen, muß er sich seines Vertreibungsrechtes bedienen. Bei Ausübung dieses Vertreibungsrechtes ist aber abzusehen von Waffen, während ihm andererseits auch kein bewaffneter Widerstand entgegengesetzt werden darf.

1) fr. 3 § 2 de ui 43, 16. Arma sunt omnia tela, hoc est et fustes.

2) fr. 3 § 5 ibidem. Sufficit enim terror armorum.

2. Der Zurückkehrende verjagt den Eindringling.

Der Zurückkehrende gilt noch als gegenwärtiger Beſitzer, kann alſo das Vertreibungsrecht in weitem Umfange ausüben. Und wenn ihm die Vertreibung gelungen, ſo iſt ſein Beſitz dem Eindringling gegenüber, in demſelben Maße, wie beim gegenwärtigen Beſitzer, ein völlig geſicherter.

3. Der Eindringling verjagt den Beſitzer.

Weiſt der Eindringling den Beſitzer zurück, ſo wird der Eindringling zum gewaltthätigen Beſitzer. Es iſt weiter nichts erforderlich, als daß der Eindringling die Aufforderung, den Beſitz zu räumen, unerfüllt läßt[1]). Der Beſitzer kann dann die Vertreibung durch das Interdictum de ui erreichen, aber auch ſelber erneuerte Vertreibungsverſuche vornehmen.

Auf dieſe Gewaltthat beziehen ſich folgende ſchon berückſichtigte Stellen.

Ulp. fr. 6 § 1 A. u. A. P. 41, 2.

retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit: uerum si reuertentem dominum non admiserit, ui magis intellegi possidere, non clam.

Pomp. fr. 25 § 2 eodem.

donec reuertentes nos aliquis repellat.

Ulp. fr. 1 § 24 de ui 43, 16.

mox reuertens prohibitus sit ingredi uel ipsum praedium, uel si quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possederit, ui deiectus uidetur.

Paulus Sent. 5, 6 § 6.

Vi deiectus uidetur — et qui in uia territus est, ne ad fundum suum accederet.

Hervorgehoben wurde bereits[2]), daß der Zurückkehrende als ſolcher ſchon auf eine kurze Abweſenheit hinweiſt, ganz abgeſehen vom mox der einen Stelle und dem concreten Beiſpiele des Wochenmarktsbeſuchers.

Eine verwandte Stelle iſt

Ulp. fr. 3 § 14 de ui 43, 16.

Uti frui autem prohibuisse is uidetur, qui ui de-

1) fr. 12, fr. 18 pr. de ui 43, 16.

2) Vgl. oben § 14.

iecit utentem et fruentem aut non admisit, cum ex fundo exisset non usus fructus deserendi causa. ceterum si quis ab initio uolentem incipere uti frui prohibuit, hoc interdictum locum non habet.

Der Rückkehrwille des Nutznießers wird hier in negativer Weise ausgedrückt „non usus fructus deserendi causa“ [1]). Bei Verhinderung neuer Besitzergreifung wird dies Interdict dem Nießbraucher versagt. Man hätte sonst auf den Gedanken kommen können, das auf uti frui prohibuisti lautende Interdict ebenso wie das auf hominibus armatis prohibuisti lautende zu behandeln: diese Analogie wird also ausdrücklich verworfen.

Wie steht es aber um den Fall, wenn jemand usus fructus deserendi causa fortgeht, aber gleichwohl nach langer Abwesenheit wiederkehrt, und nun am Eintritt verhindert wird?

Verloren ist der Nießbrauch hier nicht [2]), es müßte denn schon Verjährung eingetreten sein; aber wegen der langen Abwesenheit werden wir das Interdictum de ui gleichwohl versagen müssen.

Endlich verdient noch einige Beachtung folgende meistens beiseite gelassene Stelle.

Paulus fr. 18 § 15 de damno inf. 39, 2.

Non solum autem eum punit praetor, qui in possessione esse, sed etiam eum, qui possidere passus non fuerit, cum alioquin, si is, qui iussu praetoris coeperat possidere et possidendo dominium capere, aut non admissus aut eiectus inde fuerit, utile interdictum unde ui uel Publicianam actionem habere potest.

---

1) Aehnlich Pomp. fr. 31 A. u. A. P. 41, 2: non deserendae possessionis causa.

2) Vgl. Windscheid, Pand. Bd. 1⁵, § 215, Anm. 11. Uebrigens möchte ich das recedere ab usufructu und das derelinquere usumfructum in fr. 48 pr., fr. 64, fr. 65 pr. de usufr. 7, 1 lieber von einem Aufgeben zu Gunsten des Eigentümers bezw. dessen Erben, also einem formlosen Vertrage verstehen, wie solcher uns auch in fr. 4 § 12 de doli exc. 44, 4 entgegentritt.

Der Anfang dieser Stelle bezieht sich auf die in factum actio, von der es fr. 7 pr. eodem heißt:

in eum, qui neque cauerit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusue, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset.

Neben dieser in factum actio, bemerkt Paulus, können demjenigen, welchem Schaden durch ein Grundstück droht, noch andere Rechtsmittel zu Gebote stehen: so ein utile interdictum unde ui, wenn er bereits angefangen hatte, auf Grund des zweiten Decretes zu besitzen.

Dieses Interdict wird gewährt dem non admissus wie dem eiectus.

Der allgemeine Ausdruck non admissus scheint eine Beschränkung auf den nur kurze Zeit Abwesenden nicht zu ertragen, obwohl andererseits der langen Abwesenheit doch auch nicht ausdrücklich gedacht wird.

Aber selbst wenn wir dies utile interdictum de ui sowohl dem nach kurzer wie langer Zeit Zurückkehrenden einräumen müßten, so würde daraus noch nichts für die Besitzesfortdauer folgen.

Wir haben bereits gesehen, daß das Interdictum de ui armata sogar der Erlangung neuen Besitzes diente.

Ulpian berichtet uns ferner, daß das Interdictum wegen einfacher Gewalt auch dem Vertriebenen zustehen konnte, dessen possessio nur eine naturalis gewesen war[1]).

Sodann befinden wir uns hier in einer Umgebung, wo der Schutz sich nicht bloß auf gehabte Detention und gehabten Besitz, sondern auch auf denjenigen erstreckte, der verhindert worden, diese Detention, bezw. diesen Besitz zu erlangen. Gegen letzteren richtete sich nicht nur die bereits erwähnte in factum actio[2]), sondern auch das Interdictum ne uis fiat ei

1) fr. 1 § 9 de ui 43, 16. Vgl. Bekker, Rt. des Bes., S. 95.
2) fr. 15 § 36; fr. 18 § 13, § 14 de damno inf. 39, 2.

qui damni infecti in possessionem missus erit [1]). Warum hätte hier also auch nicht ein Interdictum unde ui einem non admissus zugestanden haben sollen, dessen Besitz schon vorher aufgehört hatte, zumal uns dieses Interdictum nur als ein utile entgegentritt? Man mag sich die Fassung des Interdicts etwa so vorstellen: Unde tu illum qui meo iussu coeperat possidere non admisisti aut eiecisti. Oder, entsprechend den Voraussetzungen der in factum actio wie dem Interdictum ne uis fiat ei, vielleicht gar: Unde tu illum qui a me iussus erat possidere non admisisti aut eiecisti. Jedenfalls würde bei einer solchen Formel die Utilität weit besser hervortreten, als bei der von Burckhard [2]) gebildeten.

4. Der Eindringling behauptet sich nur teilweise.

a. Teilweise Behauptung des Eindringlings kann zunächst so vorkommen, daß der Besitz beider als ein reell geteilter erscheint. Es gelingt z. B. zwar dem Besitzer, den Eindringling aus dem Haupthause zu vertreiben, derselbe behauptet sich aber in einem für sich dastehenden Stallgebäude.

Einem solchen Besitzer stand es jedenfalls frei, einen erneuerten Vertreibungsversuch zu unternehmen, um auch den Rest seines Grundstückes wieder in Besitz zu bekommen.

Ferner werden wir ihm auch das Interdictum de ui nicht versagen können. Er ist zwar nicht ganz von seinem Grundstücke verdrängt, aber doch von einem reellen Teile desselben.

Endlich dürfte hier das Interdictum Uti possidetis gleichfalls Platz greifen. Dies wird zwar nicht bewiesen durch

Ulp. fr. 1 § 7 Uti possidetis 43, 17.

Hoc interdictum locum habet, siue quis totum fundum possidere se dicat, siue pro certa parte, siue pro indiuiso possideat.

1) Arg. fr. 1 § 1 Ne uis fiat ei, qui 43, 4: frustra enim in possessionem mitteret rei seruandae causa, nisi missos tueretur et prohibentes uenire in possessionem coerceret. Vgl. Burckhard, Fortsetzung von Glück, cautio damni infecti, S. 577.

2) a. a. O. S. 574, Anm. 11.

Denn bei dem Interdictum pro certa parte, das hier gegeben iſt, wird die Vorſtellung die geweſen ſein: daß ſich die Störung auf dieſen beſtimmten Teil des Grundſtückes bezog. Aber wie ſonſtige teilweiſe Störung genügt — z. B. der Beſitzer wird verhindert, auf einer Stelle ſeines Grundſtückes zu bauen, einen Teil ſeines Hauſes auszubeſſern, einen Platz zu beackern [1]) — ſo werden wir auch die teilweiſe Störung dieſem Interdicte unterſtellen können, die darin beſteht, daß der Beſitzer zu einem Teile ſeines Grundſtückes überhaupt nicht zugelaſſen wird.

b. Eine andere Möglichkeit iſt die, daß beide ſich behaupten, aber ohne daß der Beſitz als ein reell geteilter erſcheint. Dies kann namentlich ſo vorkommen, daß der Eindringling ſich in einem Teile eines Gebäudes feſtſetzt. Hier wäre anzuwenden

Ulp. fr. 3 § 7 Uti possidetis 43, 17.

Sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse Labeo ait, non eum qui in cenaculo moraretur: semper enim superficiem solo cedere. plane si cenaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo uideri non ab eo aedes possideri, qui κρύπτας possideret, sed ab eo, cuius aedes supra κρύπτας essent.

In dieſer Stelle wird die Frage entſchieden: wem von mehreren in einem Hauſe ſich als Hausherrn Gebärdenden das Interdictum Uti possidetis zuſtehe. Dabei iſt allerdings zunächſt gedacht an das Verhältnis dritten gegenüber. Aber was in dieſer Beziehung gilt, muß auch demjenigen gegenüber zur Anwendung kommen, der ſich zwar im Hauſe befindet, dem das Rechtsmittel aber abgeſprochen wird.

Was die Oertlichkeit anbetrifft, ſo treten uns entgegen: aedes, cenaculum und κρύπται. Unter cenaculum haben wir ein Stockwerk zu verſtehen [2]), und dem gegenüber ſind aedes

1) fr. 8 § 2—4 Uti possidetis 43, 17.

2) Vgl. Marquardt, das Privatleben der Römer, 1879, Bd. 1, S. 216.

die Parterrewohnung. Den Ausschlag geben soll die Parterrewohnung. Aber wenn das Stockwerk einen Zugang von der Straße hat, so wird es selber aedes, d. h. Parterre; und der untere Teil eines solchen Hauses heißt κρύπται. Diesen κρύπται entspricht unser heutiges Souterrain und dem cenaculum, das gleichzeitig als aedes erscheint, unser Hochparterre. Solche κρύπται, solches Souterrain, kann ebenfalls einen Ausgang nach der Straße zu haben; aber nicht dieser Ausgang ist der entscheidende, sondern der Ausgang vom Hochparterre aus. Das Jenaer Universitätsgebäude hat z. B. einen Zugang von der Jenergasse und dem Fürstengraben. Der Zugang von der Jenergasse führt in's Souterrain, der von dem Fürstengraben in's Hochparterre: für die Besitzverhältnisse wäre demnach der letztere Zugang der Ausschlag gebende.

So ist die Stelle im wesentlichen schon von Savigny[1]) verstanden. Rudorff[2]) will darauf gesehen wissen: zu wessen Wohnung die Hausthür führe. Das ist nicht genau. Es kommt z. B. vor, daß eine Hausthür zunächst auf eine Treppe führt, deren unterer Teil in's Souterrain geht, während der obere Teil den Eintretenden in die hochparterre gelegene Wohnung bringt. Degenkolb[3]) meint: man müsse dieser Stelle gegenüber entweder die technische Bedeutung des cenaculum oder der κρύπται opfern. Das ist indes ebensowenig notwendig, wie beim Hochparterre den Begriff Parterre aufzugeben. Aedes in dieser Stelle sind teils Parterre, teils Hochparterre; darnach verschiebt sich auch der Begriff des cenaculum, das bald eine Treppe hoch, bald zwei Treppen hoch liegen kann; und daneben sind besondere κρύπται teils möglich, teils unmöglich.

Wenden wir die gefundenen Grundsätze auf unsern Eindringling an.

Es gelingt dem zurückkehrenden Besitzer, den Eindringling in den obern Stock zu vertreiben; hier behauptet er sich aber.

1) Recht des Besitzes[7], S. 291.
2) Zu Savigny's Besitz, S. 657.
3) Platzrecht und Miete, S. 233.

In diesem Falle ist der Besitz dem Zurückkehrenden erhalten; er hat also das Interdictum Uti possidetis gegen den Eindringling.

Sollte aber dem zurückkehrenden Besitzer nur gelingen im Souterrain festen Fuß zu fassen, während er vom Hochparterre zurückgewiesen wird; so ist er in diesem Falle seines Besitzes entsetzt, und das ihm zustehende Rechtsmittel würde das Interdictum de ui sein.

Dabei ist vorausgesetzt, daß es sich bloß um den Besitz eines Hauses handelt. Denn ein zurückkehrender Gutsbesitzer, dem der Zutritt zu seinem Hause verwehrt würde, könnte darum doch vom übrigen Teile seines Grundstückes Besitz ergriffen haben; und ähnlich ist die Lage eines Villenbesitzers.

3. Das Justinian'sche Recht.

a. § 62. Umwandlung der Grundauffassung.

Der Besitzesschutz ruhte von Haus aus auf dem Vertreibungsrechte; der Interdictenschutz ist nur eine Nachahmung dieses Vertreibungsrechtes und umfaßte gar nicht einmal alle Fälle.

Mit diesem Vertreibungsrechte geht nun in der späteren Kaiserzeit eine Umwandlung vor sich. Eingeleitet wurde diese Entwicklung durch ein Gesetz Kaiser Constantin's vom J. 319, das in neuerer Zeit viel zu wenig beachtet worden, wenn es auch von Schmitt[1]), Brinz[2]) und Wendt[3]) beiläufig erwähnt wird. Dieses Gesetz soll zuvörderst besprochen werden, da es unsere Aufmerksamkeit im höchsten Grade verdient.

c. 3 C. Th. ad leg. Jul. de ui 9, 10 vom J. 319.

Si quis ad se fundum uel quodcumque aliud asserit pertinere, ac restitutionem sibi competere possessionis putat, ciuiliter super possidendo agat, aut impleta solennitate iuris crimen uiolentiae opponat, non

1) Selbsthilfe, S. 148.
2) Pandekten, Bd. 1², S. 266.
3) Faustrecht, S. 29.

ignarus, eam se sententiam subiturum, si crimen obiectum non potuerit comprobare, quam reus debet excipere. Quod si omissa interpellatione uim possidenti intulerit, ante omnia uiolentiae caussam examinari praecipimus, et in ea requiri, quis ad quem uenerit possidentem, ut ei, quem constiterit expulsum, amissae possessionis iura reparentur, eademque protinus restituta uiolentus, poenae non immerito destinatus, in totius litis terminum differatur, ut, agitato negotio principali, si contra eum fuerit iudicatum, in insulam deportetur, bonis omnibus abrogatis. Quodsi pro eo, quem clarueriť esse uiolentum, sententia proferetur, omnium rerum, de quibus litigatum est, media pars penes eum resideat, cetera fisci uiribus uindicentur.

Bereits durch zwei Gesetze aus dem Jahre 317 war Constantin scharf gegen die Gewaltthätigkeiten eingeschritten, indem er sowohl uis publica als privata mit dem Tode bedrohte und jegliche Appellation ausschloß [1]); hier sehen wir ihn nun der Gewaltthat entgegentreten, welche zum Zwecke der Selbsthülfe verübt wurde.

Er faßt den Eigentümer in's Auge, welcher glaubt, daß ihm der Besitz zurückgegeben werden müsse. Wir haben uns also einen Eigentümer vorzustellen, welcher der Meinung war, daß ihm ein Interdictum recuperandae possessionis zur Seite stehe. Und da diesem Eigentümer zur Wahl gestellt wird: entweder die Civilklage zu erheben, oder wegen des Verbrechens der Gewaltthat strafrechtlich vorzugehen — so dürfen wir bei diesem Interdictum recuperandae possessionis nur an ein Interdictum denken, welches ebenfalls gegen den Gewaltthäter gerichtet war. Das ist vom Standpunkte des früheren Rechtes aus bei unbeweglichen Sachen das Interdictum de ui, bei beweglichen Sachen das Interdictum utrubi.

Nun ist zuvörderst bemerkenswert, daß beide Interdicte

1) Vgl. c. 1, 2 C. Th. ad leg. Juliam de ui und dazu Wächter, N. A. des Criminalrechts, Bd. 13, S. 232 flg.

als solche gar nicht mehr unterschieden werden, obwohl Constantin im Eingange des Gesetzes nicht bloß die Grundstücke, sondern auch die sonstigen Sachen ausdrücklich erwähnt. Demnach dürfte es im Sinne dieses Kaisers richtiger sein: von einem einheitlichen Interdictum de ui zu sprechen, welches sich sowohl auf Grundstücke als bewegliche Sachen erstreckt.

Es ist eine Streitfrage: ob nach Justinian'schem Rechte das Interdictum de ui die beweglichen Sachen mitumfasse [1]). Den Angelpunkt dieser Streitfrage bildet c. 7 C. J. Unde ui 8, 4 vom J. 389. Da aber in dieser Stelle die beweglichen Sachen mindestens nicht besonders hervorgehoben werden, so ist der Streit begreiflich. Eine weit bessere Grundlage für ein Interdictum de vi, welches die beweglichen Sachen so gut wie die unbeweglichen trifft, gewährt dagegen unsere Stelle. Und da die hierauf bezüglichen Worte in c. 7 C. J. ad leg. Jul. de ui 9, 12 ebenfalls Aufnahme gefunden haben, wäre unsere Stelle auch bei der nach Justinian'schem Rechte zu erledigenden Streitfrage zu verwerten.

Ein zweiter Punkt betrifft die einfache und qualificierte Gewalt. Constantin macht in dieser Beziehung keinen Unterschied, und darin sind zwei wichtige Neuerungen enthalten.

Nach früherem Rechte bildete nur die durch qualificierte Gewalt bewirkte Vertreibung einen Strafrechtsfall [2]). Jetzt wird dem Vertriebenen Civilklage und strafrechtliche Verfolgung zur Wahl gestellt: also muß die strafrechtliche Verfolgung auch die durch einfache Gewaltthat bewirkte Verfolgung mitumfassen.

Es handelt sich hier um eine für das Strafrecht sehr wichtige Neuerung, die völlig außer Zweifel zu stellen, freilich um so weniger meine Aufgabe sein kann: als die nähere Untersuchung, namentlich wegen der Wandlung, die in den Begriffen uis publica und uis priuata vor sich gegangen ist, so wie der damit in Verbindung stehenden Interpolationen [3]), ihre großen

---

1) Vgl. Windscheid, Pand., Bd. 1[5], § 160, Anm. 4.

2) Vgl. oben § 13, S. 64.

3) Vgl. Wächter, Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 13, S. 36 flg.

Schwierigkeiten hat. Ich beschränke mich darauf, eine Stelle vorzuführen, in der ich eine Hauptstütze für die von mir angenommene Entwicklung erblicke.

c. 8. C. Th. de iurisdictione 2, 1. Arcadius et Honorius vom Jahre 395.

Momentariae etiam possessionis interdictum, quod non semper ad uim publicam pertinet uel priuatam, ut mox audiri interdum etiam sine inscriptione mereatur.

Momentariae possessionis interdictum ist das umgewandelte Interdictum de ui [1]). Von diesem wird gesagt: daß es baldige Erledigung, zuweilen auch ohne Inscription, erheische, weil es nicht immer zur uis publica oder uis priuata gehöre.

Bruns [2]) versteht dies dahin: daß es einzelne seltene Fälle gäbe, wo die strafrechtliche Verfolgung überhaupt ausgeschlossen sei; hier könne eine schleunige Erledigung ohne Criminalunterſuchung verlangt werden.

Allein den Gegensatz zum Verfahren mit Inscriptio [3]) kann offenbar nur ein minder förmliches Strafverfahren bilden, wie solches auch sonst ausnahmsweise vorkam [4]). Die Kaiser Arcadius und Honorius sagen demnach: daß das Interdictum de ui, sofern keine uis publica oder priuata vorliege, nicht immer ein Strafverfahren mit Inscriptio erfordere.

Dies ist zunächst dem Constantin'schen Gesetze gegenüber eine Neuerung, wonach für die Anklage allgemein vorgeschrieben wird: daß sie impleta solennitate iuris erhoben werden müsse, was sicherlich auf die Inscription zu beziehen ist.

Andererseits gedenkt ein vorconstantin'sches Gesetz nur der

---

1) Vgl. unten § 67.

2) Besitzklagen, S. 100, 101.

3) Vgl. darüber Geib, Gesch. des röm. Criminalprocesses, S. 552 flg.; Rudorff, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 429; Bruns, Unterschriften, S. 54 flg.

4) Vgl. Geib a. a. O. S. 557; Gothofred, Paratitlon zu tit. C. Th. de accusationibus, 9, 1. Ritter'sche Ausgabe, tom. 3, pag. 3.

Möglichkeit: eine gewaltthätige Vertreibung der lex Julia über uis priuata zu unterſtellen [1]).

Und wenn dann Ulpian und Paulus gerade die qualificierte Gewalt der uis priuata beizählen, ſo hat es doch faſt den Anſchein, als ob erſt Conſtantin die einfache Gewalt dem Strafgeſetz unterworfen hätte. Daran lehnten ſich dann die Kaiſer Honorius und Arcadius, indem ſie vorſchrieben: daß bei Fällen dieſer Art nicht immer eine Inſcriptio erforderlich ſei.

Dagegen würde auch nicht ſprechen: daß ſelbſt nach Conſtantin noch einige wenige Fälle übrig blieben, wo beim Interdictum de ui von einer ſtrafrechtlichen Verfolgung Abſtand genommen werden mußte. Die Beiſpiele, die Bruns in dieſer Beziehung zuſammengeſtellt hat, ſind, mit einer einzigen Ausnahme, alle derartig: daß aus allgemeinen Gründen von einer Beſtrafung keine Rede ſein kann. Hierher ſind zu ſtellen: Bereicherung, Genehmigung, Beerbung. Das noch übrig bleibende Beiſpiel — Nichtzulaſſung des Verpächters von Seiten des Pächters — iſt ſehr zweifelhaft. Bruns glaubt, daß dieſer Fall erſt von Zeno durch c. 10 Unde ui und c. 33 de locato unter Strafe geſtellt ſei. Allein beide Stellen enthalten einen weſentlich andern Satz, nämlich den: daß der Pächter das Doppelte zu zahlen habe, welcher es hinſichtlich der Herausgabe zu einer Verurteilung kommen laſſe [2]).

Mag es indes mit dieſer ſtrafrechtlichen Neuerung eine Bewandtnis haben, welche es wolle; näher berührt uns die zweite, das Civilrecht betreffende Neuerung: es wird nicht mehr unterſchieden zwiſchen einfacher und qualificierter Gewalt.

Ein Hauptunterſchied zwiſchen dem Interdictum de ui und de ui armata war der: daß das Interdictum wegen einfacher Gewaltthat demjenigen verſagte, welcher dem Vertreiber gegenüber fehlerhaften Beſitz ausgeübt hatte. Dieſer Unterſchied iſt von Kaiſer Conſtantin beſeitigt. Es wird allgemein Beſitzesherausgabe dem Vertreiber zur Pflicht gemacht, ut ei, quem constiterit expulsum, amissae possessionis iura reparentur:

1) c. 4 C. J. Unde ui, vom Jahre 294: legis Juliae uis priuatae reum postulare . . potes.

2) Siehe oben § 41, S. 272.

also hat auch der gewesene Besitzer herauszugeben, wenn er denjenigen vertrieb, dessen Besitz ihm gegenüber ein fehlerhafter war [1]).

Das wären die Grundgedanken dieser Stelle, die im einzelnen für den vertriebenen Besitzer dies aussagt.

Wer von seinem Grundstück gewaltsam vertrieben, soll die Wahl haben zwischen dem Interdictum de ui und strafrechtlicher Verfolgung.

In letzterer Beziehung möge er aber vorsichtig sein. Kann er die Gewaltthat nicht beweisen, so trifft ihn selber die Strafe, welche er einem andern anhängen wollte.

Ein drittes Mittel, das Vertreibungsrecht, giebt es jetzt nicht mehr. Vielmehr soll, wenn der gewesene Besitzer zur gewaltsamen Vertreibung schreitet, folgendes Verfahren eingeschlagen werden.

Zunächst ist die gewaltsame Vertreibung festzustellen. Ist dieses geschehen, so muß der vom gewesenen Besitzer Vertriebene sofort wieder in seinen Besitz eingesetzt werden. Diesen Besitz behält er jedenfalls so lange, bis das Verfahren sein Ende erreicht hat.

Im weiteren Verfahren ist zu untersuchen: ob der gewesene Besitzer Eigentümer war. Wird ihm das Eigentum abgesprochen, so trifft ihn die Strafe der Deportation und der Verlust seines ganzen Vermögens.

Wird sein Eigentum anerkannt, so behält er es zur Hälfte, die andere Hälfte ist zu Gunsten des Fiscus verwirkt. Dem Eigentümer, als solchem, ist damit ebenfalls das Vertreibungsrecht abgesprochen.

Die Grundgedanken, von denen Kaiser Constantin in dem hier erörterten Gesetze ausgeht, haben die Verfasser der Justinian'schen Gesetzgebung im großen und ganzen ebenfalls geleitet. Das könnte den Schluß rechtfertigen, als sei dieser Versuch, das uralte Vertreibungsrecht durch einen einzigen Federstrich zu beseitigen, sofort gelungen. Vielleicht verhielt sich die Sache aber doch ein wenig anders. Davon soll im

1) Diesen Punkt hat bereits Gothofred, cod. Th., Ritter'sche Ausgabe, tom. 3, pag. 82 ganz richtig hervorgehoben.

Folgenden gehandelt werden. Um zunächst mit Constantin abzuschließen, ist noch zweier Bestimmungen dieses Kaisers zu gedenken.

In c. 2 C. Th. Fin. reg. 2, 26 vom Jahre 330 verordnete Constantin: wenn derjenige, welcher eine Grenzfeststellungsklage erhoben, ohne das Urteil abzuwarten, sich eigenmächtig in den Besitz des beanspruchten Stückes gesetzt hatte, so sollte er, falls er Unrecht bekam, nicht bloß dieses Stück wieder herausgeben, sondern ebensoviel Land außerdem erstatten.

Dem Berechtigten, der sich selber hilft, ist hier keine Strafe gedroht. Dies erklärt sich vielleicht auf folgende Weise.

Die in Bezug auf streitige Grenzen vom Berechtigten geübte Selbsthülfe konnte unmöglich härter geahndet werden, als sonstige Selbsthülfe. Bei sonstiger Selbsthülfe war nach Constantin'schem Gesetze die halbe Sache zu Gunsten des Fiscus verwirkt. Das hätte in dem vorliegenden Fall einen halben Grenzstreifen gegeben, mit dem der Fiscus kaum etwas hätte anfangen können.

Ferner verfügte Constantin in c. 1 C. Th. Unde ui 4, 22: daß vertriebene Vertreter auch ohne Vollmacht für Abwesende das Interdictum de ui sollten anstellen können; und daß weder den Vertretern noch den abwesenden Besitzern selber die einjährige Verjährung entgegengesetzt werden dürfe.

Von minderem Belang für unsern Zweck sind die ebenfalls von Kaiser Constantin erlassenen und die gewaltthätige Vertreibung mitbetreffenden c. 1 C. Th. Fin. reg. 2, 26 vom Jahre 330 und c. 1 C. Th. de acc. 9, 1 vom Jahre 317. Der ersteren Stelle werden wir noch wieder begegnen [1]).

§ 63. Fortsetzung.

Siebenzig Jahre nach dem Gesetze Kaiser Constantin's vom Jahre 319 bildet das Vertreibungsrecht wiederum den Gegenstand der Gesetzgebung. Und — bezeichnend genug für die

1) Siehe unten § 76.

damaligen Zeitverhältnisse — ein fiskalisches Interesse war es, welches die nächste Veranlassung dazu darbot. Diesem erneuerten Versuche der Gesetzgebung haben wir jetzt näher zu treten.

c. 3 C. Th. Unde ui 4, 22. Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius A. A. A. ad Messianum Comitem R. P.

Plerosque detectum est rem priuatam nostram, quam publicatio celebrata quaesiuerat, inuasisse: quam nos a retentatoribus ereptam sociari iubemus aerario, punientes contumacius, quam decus publicum sinebat, erectos, ut, qui litem inferre potuissent, nollent exspectare iudicium ac spernerent uictoriam, quam iustitiae praescripsisset euentus, et amplecterentur, quod dedisset audacia. Cadat igitur lite, quisquis operiri noluerit litis euentum, et quod recipere lege potuisset, contemptor examinis uiolentus amittat. Illi uero, quos in tantum furorem prouexit audacia, ut, quod iurgaturi apud examinis fidem sperare non possent, ante euentum iudicialis arbitrii illicita praesumptione temerarent, aestimationem rei, de qua litigari conuenerat, cogantur exsoluere. Quod quidem etiam in priuatis obseruandum negotiis generali lege sancimus. Illud autem ab officio magnificentiae tuae cauendum esse decernimus, ut sacratissima domus nostra litem exspectare, non inferre cogatur, neque expetat, sed patiatur examen. Dat. XVIII. Kal. Jul. Treuiris, Timasio et Promoto Coss. (389).

Zum Verständnis dieses Gesetzes ist es erforderlich, uns in die damaligen Zeiten hineinzuversetzen.

Zunächst macht das Datum einige Schwierigkeiten.

Das Gesetz ist datiert aus Trier den 14. Juni 389; die entsprechende c. 7 C. J. Unde ui 8, 4 hat Trier d. 15. Juni. Die Kaiser Theodosius und Valentinian waren damals aber gar nicht in Trier, sondern in Rom, wo sie am 13. Juni ihren

Einzug gehalten hatten [1]), und wo sie sich noch ungefähr drei Monate aufhielten, wie aus einer Reihe von Gesetzen zu ersehen ist [2]). Gothofred nimmt daher an: daß data hier so viel bedeute als reddita oder accepta. Richtiger ist aber wohl die Meinung Paul Krüger's: daß dieses Gesetz ursprünglich zwei Zeitangaben enthalten habe, eine des Erlasses und eine des Empfanges; daß aber die mit Trier zu verbindende Angabe des Empfanges ausgefallen sei.

Solche Zeitangaben über den Empfang weisen darauf hin, daß die Gesetze Registerbüchern entnommen wurden, denen man einen desfallsigen Vermerk nachträglich beigefügt hatte [3]).

Gerichtet ist das Gesetz an Messianus, comes rerum priuatarum. Dieser comes hatte das Krongut zu verwalten [4]), und diesem Krongut wurde namentlich auch das Vermögen gewisser Verbrecher, bezw. solcher, die der jeweilige Herrscher als Verbrecher behandelte, einverleibt [5]).

Mit Vermögen dieser Art haben wir es in dieser Stelle zunächst zu thun, worauf uns gleich der Eingang hinweist ‚rem priuatam nostram, quam publicatio celebrata quaesiuerat'; und zwar kann es keine Frage sein, daß hiermit auf die Gütereinziehungen des Tyrannen Maximus hingewiesen werden sollte, wie bereits Gothofred bemerkt hat.

Maximus war im Jahre 383 in Britannien zum Imperator ausgerufen, hatte sich noch in dem nämlichen Jahre Gallien's bemächtigt und sich bis 388 behauptet [6]). Während dieser Zeit erfolgten in Gallien die massenhaften Gütereinziehungen, deren Latinus Pacatus in seiner Lobrede auf Theo-

1) Vgl. Güldenpenning und Ifland, Theodosius der Große S. 175.

2) Vgl. series chronologica in der Hänel'schen Ausgabe des Codex Theodosianus, pag. 1679.

3) Vgl. Breslau, Zeitschr. für Rtsgesch. Bd. 19, rom. Abt. S. 259.

4) Vgl. Marquardt, röm. Staatsverwaltung, Bd. 2, S. 301; Hirschfeld, röm. Verwaltungsgeschichte, Bd. 1, S. 47.

5) Vgl. z. B. c. 1 C. Th. de incorporatione 10, 9.

6) Güldenpenning und Ifland a. a. O. S. 122 flg., S. 149 flg.

dosius [1]) gedenkt. Die Hauptstadt Galliens war damals Trier, und deshalb ist auch dorthin unser Gesetz gerichtet.

Gothofred stellt sich nun die Sache so vor, als seien diese Güter nach der Besiegung des Maximus von Theodosius aufs neue eingezogen worden; und Güldenpenning [2]) hat ihm das nachgeschrieben. Diese Ansicht tritt aber nicht bloß in Widerspruch mit Latinus Pacatus [3]), der dem Theodosius ausdrücklich nachrühmt ‚nullius bona publicata'; auch unsere Stelle bietet für dieselbe nicht den mindesten Anhalt dar. Die Sache dürfte sich vielmehr so verhalten.

Die Gütereinziehungen des Maximus waren nicht für dessen Person, sondern als Krongut erfolgt, und bestanden zunächst äußerlich umsomehr zu Recht, als Maximus seiner Zeit sowohl von Theodosius wie Valentinian als Mitkaiser anerkannt war [4]). Das Verfahren, welches bei solcher Gütereinziehung beobachtet wurde, schildert uns c. 1 C. Th. de incorporatione 10, 9. Zunächst bedurfte es einer allgemeinen Verfügung des comes rerum priuatarum an den rationalis der betreffenden Provinz, der dann von den Grundstücken körperlich Besitz ergriff und eine genaue Beschreibung anfertigen ließ [5]). Den Schluß dieses Verfahrens bildete die Anheftung des kaiserlichen Namens, welche unter Zuziehung von Zeugen erfolgen mußte.

Wie benahmen sich dieser Sachlage gegenüber die Kaiser Theodosius und Valentinian? Wären sie altem Brauche treu

1) Latini Pacati panegyricus cap. 25: quid perfunctorum honoribus summis uirorum bona publicata? cap. 26: comportabantur interim . . bona peremptorum . . bona nostra ad aerarium una et perpetua uia ibant.

2) a. a. O. S. 165.

3) pan. c. 45.

4) Sievers, Studien zur Gesch. der röm. Kaiser, S. 306 flg.; Ifland a. a. O. S. 124.

5) Vgl. c. 7 C. Th. de bon. proscr. 9, 42. Et plena descriptio comprehendat, quod spatium et quod sit ruris ingenium; quid aut cultum sit, aut colatur; quid in uineis, oliuis, aratoriis, pascuis, siluis fuerit inuentum; quae etiam gratia et quae amoenitas sit locorum; quis aedificiis ac possessionibus ornatus, etc. etc.

geblieben, ſo hätten ſie darauf Bedacht nehmen müſſen: die eingezogenen Güter den Beraubten wieder zuzuſtellen. Dieſen Grundſatz finden wir z. B. ausgeſprochen bei

Cic. Or. Phil. II. c. 37 § 96.

Sciebat homo sapiens ius semper hoc fuisse, ut, quae tyranni eripuissent, ea tyrannis interfectis ii, quibus erepta essent, reciperarent.

Dieſen Grundſatz finden wir angewandt unter Veſpaſian

Sueton. Vesp. 10.

Sorte elegit, per quos rapta bello restituerentur.

und Diocletian.

Tac. hist. 4, 40.

tum sorte ducti, per quos redderentur bello rapta.

Und denſelben Grundſatz bethätigen noch im Jahre 352 die Kaiſer Conſtantius und Conſtans in Bezug auf den Tyrannen Magnentius.

c. 5 C. Th. de inf. his 15, 14.

Quae tyrannus, uel eius iudices contra ius statuerunt, infirmari iubemus, reddita possessione expulsis [1]).

Dieſem Grundſatze haben aber Theodoſius und Valentinian anſcheinend nicht gehuldigt.

Maximus war bereits Ende Juli oder Auguſt 388 getödtet [2]). Die Würden, welche er verliehen hatte, wurden für Italien durch ein Geſetz vom 22ten September 388 wieder beſeitigt [3]); ebenſo die unter ihm erlaſſenen Richterſprüche durch ein Geſetz vom 10ten Oktober 388 [4]). Beides verfügte für Gallien ein Geſetz vom 14ten Januar 389 [5]). Nach einem Geſetze, welches die Rückgabe der eingezogenen Güter an die früheren Beſitzer angeordnet hätte, ſehen wir uns aber vergebens um. Dies ſcheint die früheren Beſitzer veranlaßt zu

1) Vgl. zu dieſer Stelle Gothofredus.
2) Güldenpenning a. a. O. S. 161.
3) c. 6 C. Th. de inf. his 15, 14.
4) c. 7 eodem.
5) c. 8 eodem.

haben, sich selber zu helfen. Und hiergegen schreiten nun unterm 14ten oder 15ten Juni 389 durch unser Gesetz die Kaiser ein.

Diejenigen, welche zur Vertreibung ihre Zuflucht genommen hatten, sollen zur Strafe dafür, daß sie den Rechtsweg verschmäht, ihres Eigentums verlustig sein; diejenigen aber, welche zugegriffen hatten, ohne einen rechtlichen Anspruch zu haben, sollen zur Strafe den Wert zahlen.

Eine neue Gütereinziehung hat also keineswegs stattgefunden — der Rechtstitel derjenigen, welche von Maximus um ihren Besitz gebracht waren, wird ja ausdrücklich anerkannt — aber man beeilte sich nicht sonderlich, die von Maximus eingezogenen Güter wieder herauszugeben. Im Gegenteil erklärt man diejenigen ihrer Güter für verlustig, welche sich selber geholfen hatten; die übrigen werden auf den Rechtsweg verwiesen, und dem comes rerum priuatarum wird am Schlusse unseres Gesetzes ausdrücklich eingeschärft: ja darauf zu achten, daß seine Unterbeamten nicht etwa ohne voraufgegangenes Urteil die Güter wieder auslieferten [1]). Da mag sich dann doch mancher besonnen haben, mit den Kaisern selber zu processieren; und so erscheint durch dieses Gesetz das fiskalische Interesse nach drei Richtungen hin gewahrt. Diejenigen, welche zugegriffen hatten und ihr Recht nachweisen konnten, verloren ihr Recht; diejenigen, welche zugegriffen hatten, ohne ihr Recht nachweisen zu können, mußten den Wert zahlen; viele, die nicht zugegriffen hatten, werden keine Neigung verspürt haben, ihr Recht geltend zu machen.

Darnach bricht denn dieses Gesetz mit den überlieferten Grundsätzen und bildet andererseits den Uebergang zu einer ganz neuen Behandlung solcher von Machthabern, die später zu Fall gekommen waren, eingezogenen Güter.

1) Güldenpenning a. a. O., S. 165, muß den Schluß dieses Gesetzes vollständig mißverstanden haben, da es hier heißt: „und alle diejenigen, welche auf die proscribierten Güter Ansprüche zu haben glaubten, wurden aufgefordert, bei der obersten Verwaltungsbehörde des kaiserl. Privatvermögens diese geltend zu machen und nachzuweisen."

Zwar finden wir im Jahre 393 bei Tatianus [1]) wieder den alten Grundſatz zur Anwendung gebracht [2]); aber dann im Jahre 395 ſehen wir die Kaiſer Arcadius und Honorius ihre Hände nach den von Maximus am Krongut errichteten Emphyteuſen ausſtrecken.

c. 10 C. Th. de inf. his 15, 14 vom J. 395.

Qui tyranni Maximi secuti iussionem fundos perpetui iuris non ab ordinariis iudicibus, sed a rationalibus acceperunt, eorum amissione plectantur, atque ad rem priuatam denuo reuertantur.

Daß die Errichtung der Emphyteuſen nicht von den ordinarii iudices, d. i. den Vorſtehern der Provinzen, ſondern den rationales erfolgt ſei: iſt reiner Vorwand, hinter dem ſich die kaiſerliche Habgier verſteckte. Denn die rationales hatten doch im Auftrage des Maximus gehandelt; außerdem haben dieſelben Kaiſer zwei Jahre darauf die emphyteutiſchen Angelegenheiten auf die rationales wieder zurückübertragen und den Vorſtehern der Provinzen wieder abgenommen [3]).

Auf die unermeßlichen Reichtümer, welche Rufinus [4]) zuſammengebracht hatte, bezieht ſich c. 14 C. Th. de bon. prosc. 9, 42 vom Jahre 396.

Serenitatis nostrae prouisione solita commonemus, ut ea, quae Rufinus quondam, cum uiueret, quoquo pacto possedit, in eodem statu interim maneant, nec quisquam sibi post eius obitum spontaneam uindicandi tribuat potestatem. Nam qui transacto tempore siluit, ac Rufinum tenere concessit, fiscum quoque nostrum sine praeiudicio possidere patiatur. Hoc edictis propositis per omnes prouincias praecipimus diuulgari, quo cuncti sciant, iacturam se perpessuros grauiorem totiusque rei familiaris periculum, nisi ante praeceptum nostrum

1) Vgl. über denſelben Gibbon, The history of the decline and fall of the Roman empire, Vol. 5, Leipsick 1821, S. 117 flg.

2) c. 12, c. 13 C. Th. de bon. proscr. 9, 42.

3) c. 1 C. Th. de off. com. rei priuatae 1, 11.

4) Gibbon a. a. O. S. 115 flg., Gülbenpenning, Arcadius und Theodoſius II, S. 49.

manus ab his, quae Rufinus uiuus possederat, uoluerint abstinere.

Die kaiserliche Fürsorge legt hier Beschlag auf die Güter des Rufinus. Das Vertreibungsrecht, spontanea vindicandi potestas, wird ausdrücklich ausgeschlossen. Der Fiscus wird als Besitzer hingestellt, und wer angesichts dieses Gesetzes, ante praeceptum nostrum, sich an diesem Besitze vergreift, mit schwerer Vermögensstrafe, die sich zum Verlust des ganzen Vermögens steigern konnte, bedroht.

Weiter wäre noch der Güter des Gildo und Stilico zu gedenken.

Die Güter des Gildo [1]) werden zum großen Teil einfach behalten.

c. 16 C. Th. de bon. proscr. vom J. 399.

Ex possessionibus Gildonis, quae ad nostrum aerarium sunt deuolutae.

c. 19 eodem vom J. 405.

nostro patrimonio aggregentur.

Die notitia dignitatum in partibus occidentis XII, 5 führt einen eigenen comes Gildoniaci patrimonii auf.

Von den Gütern des Stilico [2]) und dessen Helfershelfern handeln c. 20, 21, 22 C. Th. eodem, sämmtlich aus dem Jahre 408. Diese Güter werden ebenfalls dem Aerar einverleibt, der kaiserliche Name soll darangeheftet werden; jeglicher Rechtsweg ist ausgeschlossen.

c. 20 citata.

Proscriptorum satellitumque fortunas aerario nostro iubemus accedere. Ideoque per agros, per cuncta domicilia titulos nostrae serenitatis affigi praecipimus.

c. 22 citata.

Qui suas opes praedoni publico uel eius filio ceterisque satellitibus dederunt uel iure uel corpore, quibus ille usus est ad omnem ditandam inquietandamque barbariem, his omnem repetendi uiam iubemus esse praeclusam.

1) Vgl. über denselben Gibbon a. a. O. S. 135 flg., Gülbenpenning a. a. O. S. 70.

2) Gibbon a. a. O. S. 199 flg.

Die Worte uel iure uel corpore bezieht Gothofred auf den Gegensatz von res incorporales und corporales. Dann hätte man aber uel iura uel corpora erwartet. Der Ablativ kann sich nur beziehen auf die rechtmäßige oder bloß thatsächliche Hingabe.

Damit dürfte der Hauptgegenstand unserer Stelle seine Erklärung gefunden haben. Sie leitet eine neue Behandlung der von gefallenen Machthabern eingezogenen Güter ein. Während nach altrepublicanischem Brauch solche Güter an die rechtmäßigen Eigentümer zurückgegeben werden mußten, wird hier der Besitz für den Fiscus in Anspruch genommen, wogegen die früheren Besitzer unter Aberkennung des Vertreibungsrechtes auf den Rechtsweg verwiesen werden. Aus diesem Absprechen des Besitzes entwickelt sich dann weiterhin das Absprechen jeglichen Rechtes.

Neben der Erörterung dieses Hauptgegenstandes enthält unsere Stelle gleichzeitig folgenden Satz:

Quod quidem etiam in priuatis obseruandum negotiis generali lege sancimus.

Der Satz paßt eigentlich kaum in den Zusammenhang: denn vorher wie nachher ist nur von Krongut die Rede; andererseits haben wir es ja gar nicht mit einem allgemeinen, sondern nur mit einem Gelegenheitsgesetze zu thun.

So möchte man denn fast auf den Gedanken kommen, daß dieser Satz erst von den Verfassern des Theodosianischen Codex eingeschoben sei, die zu derartigen Aenderungen genügende Vollmacht besessen haben dürften [1]).

Ferner scheint der Brauch, ein Gelegenheitsgesetz durch den Zusatz generalis lex zu einem allgemein gültigen zu gestalten, erst auf das Jahr 426 zurückzugehen [2]).

---

1) c. 6, § 1, C. Th. de const. princ. 1, 1. Quod ut, breuitate constrictum, claritate luceat, aggressuris hoc opus et demendi superuacanea uerba, et adiiciendi necessaria, et mutandi ambigua, et emendandi incongrua tribuimus potestatem.

2) Vgl. c. 3, § 1, de legibus 1, 14 vom J. 426: Sed et si generalis lex uocata est etc. und dazu Puchta, Institutionen, Bd. 1, § 131.

Mag dem indes sein, wie ihm wolle — jedenfalls ist der in Frage stehende Satz nicht schon an sich verständlich, da er mit dem Voraufgehenden verbunden werden muß; und diese Verbindung kann man in zweifacher Weise vornehmen.

Man kann quod verbinden mit dem letzten voraufgehenden Satze. Dann wäre das Vertreibungsrecht bei Privatangelegenheiten nur denjenigen untersagt, die kein Recht auf die Sache hatten, und zwar bei Strafe, den Wert der Sache zahlen zu müssen. Diese Erklärung liegt an sich am nächsten, und vom Standpunkte des codex Theodosianus aus sind wir sogar genötigt, daran festzuhalten.

In dem codex Theodosianus hat nämlich auch die bereits erörterte c. 3 C. Th. ad leg. Jul. de ui 9, 10 Aufnahme gefunden.

Diese verfügte bei der von einem Unberechtigten geübten Selbsthülfe, daß sein ganzes Vermögen verwirkt sein solle. Es hat freilich den Anschein, als ob es mit dieser Bestimmung so genau nicht genommen sei. Jedenfalls ist aber das Recht des Fiscus auf das Vermögen dessen, der sich selber hilft, ohne ein Recht zu haben, im codex Theodosianus anerkannt. In Gemäßheit unserer Stelle erleidet aber dieses Recht insofern eine Einschränkung, als demjenigen, der die Gewaltthat zu erdulden hat, ein Anspruch auf den Wert der Sache beigelegt ist.

So weit ließe sich also unsere Stelle mit der c. 3 C. Th. ad legem Jul. de ui noch einigermaßen in Einklang bringen. Wenn aber hier weiter verfügt ist, daß der Berechtigte, welcher Selbsthülfe geübt hat, nur die Hälfte der Sache zu Gunsten des Fiscus verwirkt haben soll; so dürfen wir das quod quidem unserer Stelle nicht mit dem vorletzten Satze in Verbindung bringen, weil dann ein Widerspruch herauskäme: nach unserer Stelle würde die ganze Sache zu Gunsten des Vertriebenen verwirkt sein, während nach c. 3 C. Th. ad leg. Jul. de ui doch nur die halbe Sache, und zwar zu Gunsten des Fiscus, verloren gehen soll.

Dagegen kann auch nicht in's Gewicht fallen, daß nach

c. 2 C. Th. Unde ui 4, 22 derjenige sein Klagerecht verliert, der Vorentscheidungen als Endentscheidungen benutzt, um so dem Gegner durch Einschüchterung den Besitz abzunehmen [1]). Vielmehr dürfte gerade der Umstand, daß dieser besondere Fall in dieser Weise berücksichtigt wurde, darauf hindeuten, daß es an einer allgemeinen desfallsigen Regel fehlte.

Abgesehen von dieser dem codex Theodosianus entlehnten Begründung wäre es freilich an sich zulässig: den in Frage stehenden Satz mit den beiden voraufgehenden Sätzen zu verbinden. Dann wäre in unserer Stelle in Privatangelegenheiten das Vertreibungsrecht sowohl Berechtigten wie Nichtberechtigten in der Weise verboten: daß der Nichtberechtigte den Wert der Sache zu zahlen, der Berechtigte seine Sache einzubüßen hatte. Wir werden sehen, welche Auslegung im Laufe der Zeit den Sieg davongetragen hat.

§ 64. Fortsetzung.

Unterm 9ten Juni 440, nachdem also der codex Theodosianus noch keine anderthalb Jahre in Kraft getreten war [2]), sehen wir die Gesetzgebung sich wiederum mit dem Vertreibungsrechte beschäftigen. Veranlassung dazu bot ein Rechtsfall, welcher seiner Zeit Aufsehen erregt zu haben scheint. Apollodorus, ein uir illustris, hatte den Auxiliaris, ebenfalls einen uir illustris — also eine Excellenz die andere — aus einem in Rom gelegenen Hause vertrieben, indem er sich dessen Abwesenheit zu nutze gemacht. Auxiliaris hatte sich hierüber beschwert und seiner Eingabe die erforderlichen Belege beigefügt, cuius querelis et subiectorum series fidem tribuit. Da nun Auxiliaris gut angeschrieben war, et magna assertio uirtutum, multis perennitati nostrae administrationibus comprobata, fühlte sich Kaiser Valentinian III. bewogen, einzuschreiten; ohne sich irre machen zu lassen durch die Behaup-

1) Vgl. Gothofred zu c. 2 C. Th. 4, 22 und Bruns, Besitzklagen, S. 95 flg.

2) § 3 de Th. cod. auctoritate.

tung des Apollodorus, daß Auxiliaris ihm gegenüber nur precario besessen habe: si qua precatio fuisset in caussa [1]); zumal durch derartige Wagnisse die Besitzer häufig genug beunruhigt wurden: uerum quia illicitis ausibus uidemus, quae sunt pro possessorum quiete salubriter constituta, calcari, et frequenter pro multorum negotiis specialis querela commonuit.

Hierauf bezieht sich die bisher schon benutzte nouella Valentiniani III. tit. 8 de inuasoribus, c. 1.

Die Novelle enthält ein allgemeines Gesetz und eine Entscheidung des besonderen Falles.

Das allgemeine Gesetz ist enthalten im § 2 und kündigt sich an als eine Erneuerung der c. 3 C. Th. Unde ui 4, 22.

> Idcirco mansura in aeuum lege sancimus, ut, quisquis inconuento domino, non exspectata uel aduersus praesentem uel in contumacem definitiua sententia, possessorem de praedio rustico urbanoque depulerit, possessione protinus restituta, caussae totius, sicut dudum constitutum est, amissione mulctatus, aestimationem rei occupatae mox cogatur inferre.

Die in Bezug genommene c. 3 C. Th. Unde ui wird hier dahin verstanden: daß in Privatangelegenheiten dem Berechtigten das Vertreibungsrecht untersagt sein, und er zur Strafe seines Rechtes verlustig gehen soll. Diese Bestimmung wird dann aber noch dahin verschärft: daß auch der Berechtigte den Wert der Sache zu ersetzen habe. Denn anders lassen sich die Worte aestimationem rei occupatae mox cogatur inferre kaum verstehen.

Hinzugefügt wird für den Richter:

> hoc etiam coniuncto, ut, si iudex in huius modi negotiis hanc putauerit sanctionem nostram dissimulandam, ac non in exsecutionem mittendam esse senten-

---

1) So sind meines Erachtens die betreffenden Worte auszulegen. Gothofred umschreibt freilich precatio mit intentio siue potius petitio, aut persecutio in iure.

tiam, quae de inferenda aestimatione prolata est, iustitia statutam taxationem, cum fuerit accepto successore priuatus, exsoluat.

Sollte also ein Richter es sich beikommen lassen, diese Verordnung wegen der Werterstattung nicht zu befolgen und zur Ausführung zu bringen; so soll ihm ein Nachfolger gegeben werden, und er als Privatmann die Taxe selber zahlen müssen.

Diese Besorgnis, welche Valentinian III. hier hegt, es möchte seine Verordnung wegen der Werterstattung nicht angewandt werden, legt die Vermutung nahe: daß auch die desfallsige Bestimmung der c. 3 C. Th. Unde ui in der Praxis nicht allzueifrig beobachtet worden.

Die Entscheidung des in Frage stehenden Falles geht dahin: daß dem Auxiliaris das Haus wieder zurückgegeben werden soll, und Apollodorus aller Anrechte auf dasselbe für verlustig erklärt wird. Von einer Werterstattung, die streng genommen [1]), wiederholter Bestimmung zufolge [2]), verwirkt wäre, will der Kaiser aus ganz besonderer Gnade abgesehen wissen.

Mit dem Hause sollen nach § 5 auch alle Sachen des Auxiliaris herausgegeben werden, die zur Zeit der Vertreibung von irgendwem an sich genommen wurden. Das wird auf die beweglichen Sachen gehen und entspricht dem quaeque ille tunc ibi habuit des Interdictes sowie dessen Handhabung in der Praxis [3]).

Der § 4 beschäftigt sich mit Frauen, an welche Apollodorus das Haus verkauft hatte, und die bei der Vertreibung als mitbeteiligt erscheinen, aut uendendo litigium aut inuasioni participando; das sei Verwegenheit und keine Rechtshandlung, temeritatem constat negotium non habere. Demnach wird diesen Frauen jegliche Klage entzogen, insonderheit

---

1) Statt securitate wird mit Gothofred seueritate zu lesen sein.

2) Multiplicium legum. Uns sind freilich solche wiederholte Bestimmungen nicht überliefert.

3) Vgl. fr. 1 pr. § 6, § 33 fig. de ui 43, 16.

auch eine etwaige Eigentumsklage, falls eine Eigentumsübertragung versucht sein sollte: da ein mit Gewalt entrissenes Grundstück auf andere nicht übertragen werden könne, quoniam res peruasa in alium transferri iure non potuit. Denn das Eigentum daran war ja durch die Vertreibung verwirkt.

Dies in Bezug auf die Frauen Verfügte wird aber ein halbes Jahr darauf durch c. 2 eodem vom 27. Januar 441 als eine Uebereilung auf Antrag des Apollodorus wieder zurückgenommen. Also werden wir anzunehmen haben, daß den Frauen das Eigentum bereits vor der Vertreibung übertragen war; wonach sich der Rechtsfall so zu stellen scheint.

Apollodorus hatte ein Haus in Rom, das Auxiliaris precario inne hatte, an Frauen verkauft und mancipiert. Auxiliaris weigert sich, das Haus zu räumen. Deshalb benutzt Apollodorus die Abwesenheit des Auxiliaris, um sich in den Besitz des Hauses zu setzen.

Und das Ende vom Liede ist, daß Apollodorus gar so übel nicht fährt: den Wert braucht er nicht zu erstatten, und der Kaufpreis kann ihm nicht entgehen, da die Eigentumsansprüche der Frauen anerkannt werden.

Das käme so ziemlich auf den alten Satz hinaus: qui precario possidet ab aduersario, impune deicitur. Und dieses Ergebnis ist um so bemerkenswerter, als Valentinian III. bei seiner Bekämpfung des Vertreibungsrechtes den Mund recht voll genommen hatte. Gleich der Eingang der c. 1 lautet:

> Si diualium sanctionum nulla peruasorem poena percelleret, nostris procul dubio remediis esset temeritas persequenda.

Die Sachlage, welche durch Valentinian III. geschaffen war, können wir diesem allem zufolge kurz dahin feststellen. Die Zweideutigkeit, an welcher das Gesetz seines Vorgängers litt, hat Valentinian III. gehoben. Andererseits ist aber Valentinian III. der erste, der das von ihm eingeschärfte und verschärfte Gesetz selber nicht zur Anwendung bringt.

§ 65. Fortsetzung.

Untersuchen wir jetzt, welche Stellung die vier kurz vor der Justinian'schen Gesetzgebung entstandenen Rechtsbücher unserer Frage gegenüber einnahmen.

1. Das syrisch-römische Rechtsbuch.

Dasselbe enthält über Selbsthülfe nur eine Bestimmung, welche sich an das decretum D. Marci anlehnt [1]), scheint also darüber hinaus der Selbsthülfe nichts in den Weg zu legen.

2. Lex Romana Burgundionum.

Dieses Rechtsbuch handelt im 8. Titel von den Gewaltthätigkeiten. Es wird unterschieden zwischen qualificierter und einfacher Gewalt. Die qualificierte Gewalt, ut collectis turbis per uim inruens deieciat possidentem, wird dem Strafrecht überwiesen [2]), und hier in Gemäßheit von c. 3 C. Th. ad leg. Jul. de ui 9, 10 weiter unterschieden: ob die Gewaltthat vom Berechtigten oder einem Unberechtigten ausging. War sie vom Berechtigten verübt, so soll er sein Eigentum zur Hälfte zu Gunsten des Fiscus verwirkt haben.

Bei einfacher Gewaltthat wird lediglich das Interdictum de ui berücksichtigt: de his uero quibus sine tumultu solum occupate aut peruase rei actio iutenditur. Machte sich ein Unberechtigter der Gewaltthat schuldig, so sollte ihn in Anlehnung an c. 1 C. Th. de fructibus 4, 18 kein weiterer Nachteil treffen, als daß er doppelte Früchte zu erstatten hatte. Dem Wortlaute nach, wie uns das Gesetz überliefert ist, sogar erst post conuencionem; indessen scheint hier ein falscher Text vorzuliegen [3]).

Dem Berechtigten dagegen wird die einfache Gewalt voll-

---

1) Vgl. § 97 der Londoner Handschrift und dazu Bruns, S. 272, 273.

2) Vgl. oben § 13, S. 64.

3) Schulting in seiner Jurisprudentia Ante-Justinianea, pag. 832, will entweder ab inuasione oder non solum post, sed etiam ante conuentionem gelesen wissen. Barkow in seiner lex Rom. Burg. pag. 29 glaubt freilich den Text aufrecht erhalten zu können.

ständig nachgesehen. Es wird auch gar nicht verlangt, daß er schon einmal Besitzer war. Jeder neue Eigentümer konnte sich also selber durch einfache Gewalt in den Besitz des betreffenden Grundstückes setzen. Einfache Gewalt war also nicht bloß zur Wiedererlangung, sondern auch zur Erlangung des Besitzes gestattet.

Dieser weite Umfang, den man hier der Selbsthülfe einräumte, könnte zurückzuführen sein auf die lex Gundobaldi. Denn hier wird bei den Strafen für Gewaltthätigkeit mehrfach vorausgesetzt, daß die Gewaltthat an fremdem Grund und Boden verübt wurde.

Lex Burg. 25, 1.

Si quis cuiuslibet hortum uiolenter . . ingressus fuerit etc.

Das cuiuslibet zeigt gleichzeitig an, daß in dieser Beziehung zwischen Burgundern und Römern kein Unterschied gemacht werden soll [1]).

Lex Burg. 27, 1, 4, 7.

Si quis sepem alienam aperuerit.

Si quis per diem in uineam alienam . . uiolenter ingressus fuerit.

3. Edictum Theodorici.

Hat ein Berechtigter einen Besitzer gewaltsam vertrieben, so soll er, nach c. 10, nicht bloß seines Rechtes verlustig gehen, sondern auch doppelte Früchte erstatten. Geschah die Vertreibung von einem Unberechtigten, so hat er den Wert der Sache nicht dem Vertriebenen, sondern dem Fiscus zu erstatten:

et aestimationem rei peruasae subire cogatur, fisci iuribus profuturam.

Daneben wird in c. 76 dem gewesenen Besitzer gestattet, denjenigen zu vertreiben, dessen Besitz ihm gegenüber ein fehlerhafter war.

---

1) Vgl. Bluhme in Bekker's und Muther's Jahrbuch, Bd. 1, S. 74.

Illi res occupata per uiolentiam, intra annum, momenti iure, salua proprietatis caussa, reddetur, qui eandem rem, quam alterius praesumptione perdidit, nec uiolenter, nec abscondite, nec precario possidet.

Momenti iure heißt „nach Besitzesrecht[1])". Man darf nicht mit Rhon beide Wörter durch ein Komma trennen.

Savigny[2]) glaubt sich dieser Stelle gegenüber mit der Bemerkung abfinden zu können: daß das gedankenlose Edict die innere Consequenz übersehen habe, welche in der Justinian'schen Gesetzgebung zur Anerkennung gelangt sei. So leichten Kaufes dürften wir aber kaum davonkommen, zumal uns im westgothischen Gesetzbuche, wie wir gleich sehen werden, dieselbe Erscheinung entgegentritt.

Wir werden vielmehr sagen müssen: das edictum Theodorici bestätigt das Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers sofern der gegenwärtige Inhaber ihm gegenüber fehlerhaften Besitz ausübt[3]). Der Verlust des Rechtes beschränkt sich demnach auf diejenigen Fälle: wo jemand, um den Besitz erst zu erlangen, gewaltthätig wurde; oder wo ein gewesener Besitzer, einen gegenwärtigen Besitzer vertrieb, dessen Besitz ihm gegenüber kein fehlerhafter war.

Bei diesem dem gewesenen Besitzer eingeräumten Vertreibungsrechte werden wir bei der Allgemeinheit des Ausspruches auch nicht zwischen einfacher und qualificierter Gewalt unterscheiden können, wenngleich die Anwendung von qualificierter Gewalt, nach c. 75, Kapitalstrafe zur Folge hat.

So wird denn durch unser Edict das Vertreibungsrecht innerhalb bestimmter Grenzen anerkannt, andererseits aber auch der Selbsthülfe in weitem Umfange entgegengetreten. Insofern findet ein wesentlicher Unterschied zwischen diesem Edicte und der lex Romana Burgundionum statt. Während dort allem

---

1) Vgl. Fitting, Zeitschr. für Rechtsgesch., Bd. 11, S. 433 flg.; Bruns, Besitzklagen, S. 88 flg.

2) Recht des Besitzes[7], S. 448, 449, Anm. 3.

3) Vgl. Fitting a. a. O. S. 443.

Anschein nach germanische Vorstellungen die römischen zurückdrängen, wird hier germanisches Fehderecht durch römische Satzung bekämpft. Denn daß die Gothen mitgetroffen sein sollten, darauf weisen schon die Ausdrücke qualemcunque cuiuslibet rei possessorem und qualemcunque possessorem in c. 10 hin. Es war aber dieses Verbot der Selbsthülfe gerade vorzugsweise gegen die Gothen gerichtet. Auch andererseits sehen wir Theodorich bemüht: die Römer vor gothischer Gewaltthat zu schützen und seinen Gothen ciuilitas beizubringen [1]).

4. Lex Romana Visigothorum.

Von besonderer Bedeutung nicht bloß für die damaligen Zustände des westgothischen Reiches, sondern für den damaligen Stand des römischen, insonderheit des weströmischen Rechtes überhaupt ist die Interpretatio zur lex Romana Visigothorum [2]). Denn diese interpretatio ist ein Erzeugnis der damaligen Wissenschaft und Praxis, welche die Verfasser der lex Romana Visigothorum bereits vorfanden und nur ihren Zwecken gemäß gestalteten.

Diese interpretatio bringt nun zu zwei Stellen des codex Theodosianus bemerkenswerte Abweichungen.

Interp. zu c. 3 C. Th. Unde ui 4, 20 (im vollständigeren C. Th. 4, 22).

> Cognouimus, rem fisci nostri uiolenter aliquos inuasisse, sed nos euidenti lege praecipimus, ut, si quis aut fiscalem rem aut priuatam ante sententiam a iudice prolatam inuaserit et noluerit exspectare litis euentum, perdat negotium, qui contemsit exspectare iudicium. Ille uero, qui hoc praesumsit inuadere, quod per iustitiam apud iudicem non poterat obtinere, habita aestimatione, talem rem aliam illi domino restituat, qualem noscitur ante iudicium peruasisse.

---

1) Vgl. F. Dahn, Die Könige der Germanen, Abt. 4, S. 14 flg.
2) Fitting a. a. O. S. 226 flg.

Hier ist ganz unzweideutig vorgeschrieben, daß die Selbsthülfe in Privatangelegenheiten nicht bloß dem Unberechtigten, sondern auch dem Berechtigten verboten sein soll.

Der Unberechtigte, welcher zur gewaltthätigen Vertreibung schritt, soll aber nicht den Wert der Sache, aestimationem rei, zahlen, wie es der codex Theodosianus vorschreibt, sondern soll Grundbesitz von gleichem Werte erstatten, talem rem aliam illi domino restituat. Dies ist sehr bemerkenswert und läßt darauf schließen: daß in damaligen Zeiten die gewaltthätigen Vertreibungen vorzugsweise von Grundbesitzern verübt sein werden.

Der Berechtigte, wenn er eine gewaltthätige Vertreibung vornahm, soll sein Recht zu Gunsten des Vertriebenen verwirkt haben.

Diese Bestimmung paßt nun nicht zum Schlusse von c. 3 C. Th. Ad legem Jul. de ui 9, 10 vom Jahre 319: wonach der Berechtigte, wenn er gewaltthätig vorgegangen, nur die Hälfte, und zwar zu Gunsten des Fiscus, verwirkt haben soll.

Das ist den Verfassern des westgothischen Gesetzbuches keineswegs entgangen. Denn die interpretatio zum Schlusse der angeführten Stelle — hier c. 2 ad leg. Jul. de ui 9, 7 — lautet:

> De reliquo haec lex praetermittenda est, quia in quarto libro sub titulo Unde ui, quae tamen temporibus posterior inuenta est, habetur exposita.

Die hier aus dem Titel Unde ui in Bezug genommene Stelle ist nicht c. 2, wie Hänel meint, sondern augenscheinlich c. 3. Die viel geschmähten Verfertiger der interpretatio haben also ganz richtig erkannt: daß der Schluß der hier in Frage stehenden Stelle zu der interpretatio, wie sie sie zu c. 3 C. Th. Unde ui gegeben hatten, nicht passe. Deshalb setzen sie diesen Schluß hier außer Anwendung. Ihr Verfahren rechtfertigen sie damit: daß die c. 3 Unde ui vom Jahre 389 das jüngere Gesetz sei.

Dann verdient noch ein anderer Punkt Beachtung. Die

interpretatio zu c. 2 ad leg. Juliam de ui wiederholt von dem Conſtantin'ſchen Geſetze nur die Beſtimmung: wer wegen Gewaltthat Anklage erhebe, ſolle die Strafe, welche er einem andern zugedacht, ſelber erleiden, wenn er den Beweis der Gewaltthat nicht erbringen könne; alles Uebrige käme nicht in Betracht. Bei dieſem Uebrigen iſt in erſter Linie jedenfalls an den Schluß des Conſtantin'ſchen Geſetzes zu denken, wie die Bezugnahme auf das beim Titel Unde ui Geſagte beweiſt. Aber dies reliquum umfaßt daneben noch anderes.

Im Eingange ſeines Geſetzes ſtellt es Kaiſer Conſtantin dem gewaltthätig Behandelten zur Wahl: ob er auf ſtrafrechtlichem Wege vorgehen oder Civilklage erheben will; ein drittes ſoll es nicht geben. Auch dieſer Anfang iſt in der interpretatio fortgelaſſen, und das zeugt zunächſt wiederum von der Umſicht, mit welcher dieſe interpretatio angefertigt wurde. Nach dem weſtgothiſchen Geſetzbuche giebt es nämlich noch ein drittes, das Vertreibungsrecht, das hier ausdrücklich anerkannt worden.

Paul. Sent. 5, 7, 5 (ſonſt 5, 6, 7).

Qui ui aut clam aut precario possidet ab aduersario, impune deiicitur.

Dazu die interpretatio:

Vi possidet, qui impetu efficaci depulso aduersario possidet: clam possedisse uidetur, qui ignorante et inscio domino possessionem occupat: precario, qui per precem postulat, ut ei in possessione permissu domini uel creditoris fiduciam (Schulting fiduciarii) commorari liceat.

Darnach iſt denn hier die Abgrenzung zwiſchen dem Vertreibungsrecht und dem Verbot der Selbſthülfe die nämliche, wie nach dem edictum Theodorici.

§ 66. Fortſetzung.

Von nicht zu unterſchätzender Bedeutung für die Behandlung der gewaltthätigen Vertreibung kurz vor der Juſtinian'ſchen

Geſetzgebung ſind endlich noch die den Regiſtern des Hofes zu Ravenna entnommenen [1]) Variae des Caſſiodorius. Es handelt ſich hier um Erlaſſe von Theodorich und Athalarich.

Variarum 3, 20. Grimodae saioni et Ferrocincto apparitori Theod. Rex.

Ein gewiſſer Caſtorius hat ſich beklagt, daß er von ſeinen Beſitzungen vertrieben ſei. Die Verfügung des Theodorich geht dahin:

ut . . mox ei praedium, cum alio eiusdem meriti, uobis imminentibus a peruasore reddatur.

Die Entſcheidung iſt vielleicht älter als das edictum Theodorici, weil hiernach der Wert der Sache dem Fiscus zu erſtatten war. Andererſeits wird aber auch nicht die Beſtimmung des codex Theodosianus zur Anwendung gebracht, wonach der Vertriebene Anſpruch auf den Wert der Sache hatte. Ein Grunſtück von demſelben Werte ſoll der peruasor ſchaffen. Alſo nach der interpretatio wird hier verfahren: ein ſicherer Beweis, daß dieſer interpretatio eine über die lex Romana Visigothorum hinausgehende Bedeutung zukam.

Var. 4, 39. Theobaldo uiro illustri Theod. Rex.

Domitius, ein uir spectabilis, beklagt ſich, daß Leute des Theobaldus ihn von ſeinen Beſitzungen vertrieben haben. Die Verfügung des Theodorich lautet:

censemus, ut imminente Guda saione nostro, si momenti tempora suffragantur, occupata nuper cum omnibus, quae direpta sunt, supplicanti faciatis sine aliqua dilatione restitui.

Es ſollen alſo die Beſitzungen mit allem, was bei dieſer Gelegenheit geraubt, zurückgegeben werden, falls das Interdictum de ui noch nicht verjährt ſein ſollte. Ein beſonderer Nachteil wird weiter nicht verhängt.

Var. 4, 44. Antonio uiro uenerabili Polensi episcopo Theodericus Rex.

---

1) Vgl. Breſslau, die commentarii der röm. Kaiſer, Zeitſchr. für Rtsgeſch., Bd. 19, S. 260.

Ein gewisser Stephanus hat sich beschwert, daß er von Leuten der Kirche vertrieben sei. Darauf verfügt Theodorich:

Quod si ita factum esse cognoscitis, eam (sc. casam) iustitiae consideratione momenti iure restituite supplicanti.

Hier wird ebenfalls weiter nichts als Herausgabe des Grundstückes verlangt, und zwar momenti iure. Diese Ausdrucksweise bringt Dahn[1]) zu c. 76 des edictum Theodorici in Beziehung und scheint anzunehmen: daß die Herausgabe nur erfolgen sollte, wenn der Besitz des Stephanus der Kirche gegenüber ein fehlerfreier gewesen war. Möglich ist diese Deutung allerdings aber nicht gerade notwendig; denn ‚momenti iure' heißt einfach „nach Besitzesrecht", ohne daß damit die näheren Voraussetzungen angegeben sind.

Var. 5, 12.

Die Erben des Argolicus, eines uir illustris, und des Amandianus, eines uir clarissimus, führen Beschwerde, daß sie von Leuten des Theobaldus vertrieben seien. Theodorich ordnet lediglich Zurückgabe an, falls das Vorgetragene wahr sein sollte.

Quapropter si nullo mendacio asserta uitiantur, magnitudo uestra, quae sunt ablata, restituat.

Var. 8, 28. Cunigasto V. J. Athalaricus Rex.

Auf Beschwerde des Constantius und Venerius verfügt Athalarich:

Momenti iure si competunt primitus reddantur inuasa: ita tamen ut persona legitima disceptationibus non desistat.

Wiederum nur einfache Zurückgabe und zwar momenti iure. Ferner ist bemerkenswert, daß die Vertreter der Parteien im Besitzstreit vollständig legitimiert sein müssen. Das stimmt nicht zum codex Theodosianus, wo wir den Satz aufgestellt finden: daß das Interdictum unde ui von jedem beliebigen negotiorum gestor angestellt werden könne. Vgl.

1) Könige der Germanen, Abt. 4, S. 78, Anm. 8.

c. 6 C. Th. Unde ui 4, 22 vom J. 414.

Momenti actio exerceri potest per quamcunque personam.

Gothofred zu c. 1 Unde ui glaubt freilich, die betreffenden Worte der Variae auf den Hauptproceß beziehen zu können. Das dürfte aber kaum angehen. Zudem scheint der Ausspruch Athalarich's in Einklang zu stehen mit der interpretatio zu c. 6 Unde ui, wo wir statt der ausgeschriebenen Worte folgenden Satz finden:

Ad recipiendum momentum, id est infra anni spatium, cuiuslibet persona agere potest.

Cuiuslibet persona heißt „die Person eines jeden". Es ist also hier nur gesagt: daß das Interdictum de ui innerhalb eines Jahres von einem jeden angestellt werden kann. Bei diesem „einem jeden" wird man an den Berechtigten denken müssen. Es ist nicht gesagt: daß für den Berechtigten jeder beliebige auftreten darf.

Bruns[1]) vertritt andererseits die Ansicht: daß obige c. 6 einen so allgemeinen Satz, wie man gewöhnlich annehme, gar nicht enthalte. Es sei in diesem Rescripte nur, ebenso wie in c. 4 C. Th. Unde ui, auf die von Kaiser Constantin in c. 1 C. Th. Unde ui dem vertriebenen Detentor eines Abwesenden beigelegte Vertretungsbefugnis hingewiesen.

Ursprünglich mag dies der Sinn der Stelle gewesen sein. Ob wir aber diese Beschränkungen in den codex Theodosianus und weiter in die entsprechende c. 3 C. J. Qui legitimam 3, 6 hineinlegen dürfen, darüber ließe sich streiten. Jedenfalls verdient Beachtung, daß die damalige Praxis von einer allgemeinen Vertretungsbefugnis beim Interdictum de ui allem Anscheine nach nichts wissen wollte.

Von besonderer Bedeutung ist endlich noch der uns Var. 9, 18 mitgeteilte Erlaß Athalarich's.

Primum humano generi noxiam peruasionem, sub qua nec dici potest ciuilitas nec haberi, seueritate et nostra indignatione damnamus: statuentes, ut sanctio

1) Besitzklagen, S. 105.

diui Valentiniani aduersum eos diu pessime neglecta consurgat, qui praedia urbana uel rustica, despecto iuris ordine, per se suosque praesumpserint, expulso possessore, uiolenter intrare: nec aliquid de eius districtione detestabili uolumus temperatione mitigari: insuper addentes, ut si quis ingenuorum ad satisfaciendum legi superius definitae idoneus non habetur, deportationis protinus subiaceat ultioni. . . . Judices igitur competentes, ad quos potest admissum facinus pertinere, si inuasorem, cum possint amouere, pertulerint tenere praesumpta, et adepti cinguli honore priuentur, et fisco nostro tantum fiant obnoxii, quantum praesumptor potuisset addici: in auctoribus tamen facinoris manentibus constitutis.

Athalarich greift zurück auf ein Geſetz Valentinian's. Darunter iſt zu verſtehen die Novelle Valentinian's III. vom Jahre 440, nicht die von Valentinian II. herſtammende c. 3 C. Th. Unde ui 4, 22 vom Jahre 389. Dies hat bereits Gothofred zu c. 3 cit. gegen Cujacius ausgeführt, und in neuerer Zeit ſind Manſo[1]), Gretſchel[2]), Dahn[3]) Vertreter derſelben Anſicht.

Dieſe Novelle Valentinian's III. bezeichnet Athalarich als eine sanctio diu pessime neglecta. Das klingt durchaus glaubwürdig, obwohl Dahn ſich gemüſſigt geſehen hat, dem diu ein Fragezeichen hinzuzufügen.

Einerſeits war Valentinian III. der erſte, der ſein eigenes Geſetz nicht zur Anwendung brachte[4]).

Ferner ging die districtio doch wohl zu weit: daß unter allen Umſtänden der Wert der Sache erſtattet werden ſollte, mochte nun der peruasor der Berechtigte ſein oder nicht. Denn ſo erlitt ja der Eigentümer eine ſchwerere Strafe, als der Nichteigentümer. Obwohl ſich andererſeits nicht verken-

1) Geſch. des Oſt-Gothiſchen Reiches, S. 407.
2) Ad edictum Athalarici, pag. 17.
3) a. a. O. S. 126.
4) Siehe oben § 64 a. E., S. 411.

nen läßt, daß auf diese Weise das Verfahren eine sehr einfache Gestalt annehmen mußte: indem das Rechtsverhältnis gar nicht erst weiter untersucht zu werden brauchte.

Endlich sind wir doch auch in den Variae selber mehrfach Entscheidungen begegnet, wo lediglich Herausgabe der Sache verfügt und von jedem weiteren Nachteile abgesehen wird.

Dieses lange vernachlässigte Gesetz Valentinian's III. ruft Athalarich wieder in's Leben zurück. Und wie dieses Gesetz selber eine Erneuerung und Verschärfung der c. 3 C. Th. Unde ui war, so hat auch Athalarich wieder Schärfungen hinzugefügt.

Ist der gewaltthätige Vertreiber ein Freier und nicht in der Lage, den Wert der Sache zu zahlen, so soll ihn die Strafe der Deportation treffen.

Hat der Richter den gewaltthätigen Vertreiber im Besitze gelassen, so soll er seines Amtes entsetzt sein und den Wert der Sache an den Fiscus zahlen, unbeschadet der gegen den Vertreiber erwachsenen Ansprüche.

Diese Nachteile sollen die Richter aber nur treffen ‚cum possint amouere'; und diese Voraussetzung wirft ein eigentümliches Licht auf die damaligen Verhältnisse. Es wird damit das Zugeständnis gemacht: daß einem Richter unter Umständen die Macht fehlen kann, seine Entscheidungen zur Ausführung zu bringen.

Ich habe mich im obigen auf solche Fälle beschränkt, die zum Interdictum de ui sichere Beziehung haben. Es werden freilich in den Variae auch sonst noch Fälle gewaltthätiger Vertreibung zur Sprache gebracht; aber bei diesen ist es mindestens unsicher, ob wir sie mit diesem Interdictum in Verbindung bringen dürfen.

In dieser Hinsicht verdient Beachtung, daß das Interdictum de ui nicht die einzige Klage war, welche dazu diente, einem gewaltthätigen Vertreiber die Sache wieder abzunehmen.

Diesen Zweck verfolgte namentlich auch die rei uindicatio, seit das restituere unmittelbar erzwungen wurde [1]).

So wird an die rei uindicatio zu denken sein bei Var. 1, 18. Domitiano et Vuilliae Theod. Rex schon wegen der dort erwähnten 30jährigen Verjährung. In andern Stellen liegt es mindestens ebenso nahe, an rei uindicatio wie an das Interdictum de ui zu denken. Hierher gehören

Var. 1, 15. Festo V. J. atque patricio Th. Rex.

Var. 3, 14. Aurigeni uiro uenerabili Theod. Rex.

Var. 4, 17. Ibae V. S. duci Theod. Rex.

In einer Stelle

Var. 8, 27. Dumerit saioni et Florentino deuoto comitiaco Athalar. Rex.

scheint die allgemeine Ausdrucksweise privatrechtliche wie strafrechtliche Nachteile zugleich umfassen zu sollen, und andererseits anzudeuten: daß man über das geltende Recht selber nicht völlig im klaren war.

§ 67. Fortsetzung.

Stellen wir zunächst die bisherigen Ergebnisse kurz zusammen.

Der Besitzesschutz hat seinen Ausgang vom Vertreibungsrechte genommen. Dieses Vertreibungsrecht stand einmal dem gegenwärtigen Besitzer zu; dann aber auch dem gewesenen Besitzer, sofern der gegenwärtige Besitzer ihm gegenüber fehlerhaften Besitz ausübte.

Durch die Einführung des Interdictum de ui armata erleidet das Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers eine erste Einschränkung. Wer seines Besitzes verlustig gegangen, sollte sich denselben durch Anwendung von qualificierter Gewalt, insonderheit Waffengewalt, im allgemeinen nicht wieder verschaffen dürfen.

Kaiser Constantin in c. 3 C. Th. ad leg. Jul. de ui 9, 10 = c. 7 C. J. ad leg. Jul. de ui 9, 12 vom Jahre

1) Vgl. Mora, Bd. 2, S. 456.

319 entzog dem gewesenen Besitzer überhaupt das Vertreibungsrecht, und ließ ihm nur die Wahl zwischen strafrechtlicher Verfolgung und Civilklage [1]).

Die Nachteile für den gewesenen Besitzer, der gleichwohl zur Vertreibung seine Zuflucht nimmt, gestalten sich verschieden, je nachdem er sein Eigentum darthun konnte oder nicht. Der Eigentümer sollte die Hälfte seines Eigentumes zu Gunsten des Fiscus verwirkt haben. Damit ist dem Eigentümer, als solchem, ebenfalls das Vertreibungsrecht abgesprochen.

Minder hart ahndete Constantin in c. 2 C. Th. Fin. reg. 2, 26 = c. 4 C. J. eodem 3, 39 vom Jahre 330 bei Grenzstreitigkeiten geübte Eigenmacht. Der Nichtberechtigte mußte so viel Land außerdem erstatten, der Berechtigte kam ohne Nachteile davon.

Aber dieses Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers ließ sich nicht durch einen einzigen Federstrich beseitigen. Siebenzig Jahre nach dem Gesetze Kaiser Constantin's vom Jahre 319 bildet das Vertreibungsrecht wiederum den Gegenstand der Gesetzgebung. Und — bezeichnend genug für die damaligen Zeiten — ein fiskalisches Interesse war es, welches die nächste Veranlassung dazu darbot.

Es handelte sich um die vom Tyrannen Maxentius eingezogenen Güter. Während altem Brauch zufolge solche von gefallenen Machthabern eingezogenen Güter an die rechtmäßigen Besitzer zurückgegeben werden mußten, hat man in diesem Falle mit der Rückgabe keine allzu große Eile. Der Fiscus nimmt den Besitz für sich in Anspruch und verweist die früheren Besitzer auf den Rechtsweg. Diejenigen, welche zur Vertreibung ihre Zuflucht genommen hatten, sollen zur Strafe ihres Eigentums verlustig sein; wer zugegriffen hatte, ohne einen rechtlichen Anspruch zu haben, soll zur Strafe den Wert zahlen.

Diese in c. 3 C. Th. Unde ui 4, 22 von den Kaisern Valentinian II., Theodosius I. und Arcadius getroffene Verfügung enthält nebenbei den allgemeinen Satz: daß dies auch

1) Siehe oben § 62, S. 396 flg.

in Privatsachen gelten solle. Der Satz läßt an sich eine doppelte Deutung zu: je nachdem wir ihn bloß auf den Nichtberechtigten, oder mit auf den Berechtigten beziehen. Die letztere Auffassung dürfte aber vom Standpunkt des codex Theodosianus unzulässig sein, da wir dann in Widerspruch gerieten mit dem Gesetze Kaiser Constantin's [1]).

Gleichwohl wird der Satz schon im Jahre 440, nachdem der codex Theodosianus noch keine anderthalb Jahre in Kraft getreten war, in einer Novelle Valentinian's III., die sich als eine Erneuerung der c. 3 C. Th. Unde ui ankündigt, auf den Berechtigten mitbezogen. Auch sonst fehlt es in dieser Novelle nicht an Verschärfungen. Bemerkenswerter ist aber nicht bloß die Besorgnis, welche Valentinian III. hegt: es möchte seine Verordnung wegen der Werterstattung nicht angewandt werden. Mehr noch fällt auf: daß Valentinian III. der erste war, der das von ihm eingeschärfte und verschärfte Gesetz selber nicht zur Anwendung brachte [2]).

Ueberhaupt waren die damaligen Zeiten wenig geeignet, durch gesetzliche Mittel der gewaltthätigen Vertreibung zu steuern.

In dem syrisch-römischen Rechtsbuche ist man wieder zum Standpunkt des Decretum diui Marci zurückgekehrt.

In der lex Romana Burgundionum finden wir das Vertreibungsrecht ebenfalls im weiten Umfange anerkannt, was mit germanischen Einflüssen zuzuschreiben sein dürfte.

Das edictum Theodorici ist im übrigen zwar bemüht, der Selbsthülfe zu steuern; aber das Recht des gewesenen Besitzers, denjenigen zu vertreiben, dessen Besitz ihm gegenüber ein fehlerhafter war, wird ausdrücklich anerkannt. Dies hatte jetzt umsomehr zu bedeuten, als man ein Interdictum wegen einfacher und qualificierter Gewalt nicht mehr unterschied: man befand sich also insofern wieder auf vorciceronianischem Standpunkt [3]).

1) Siehe oben § 63, S. 406 flg.

2) Siehe oben § 64, S. 411.

3) Vgl. Fitting, Ztschr. für Rtsgesch. Bd. 11, S. 443.

Ebenso verhält es sich mit der lex Romana Visigothorum. Im übrigen ist bemerkenswert: daß die interpretatio zu c. 3 C. Th. Unde ui den allgemeinen Satz auf den Berechtigten mitbezieht, und demgemäß die damit in Widerspruch stehende Constantin'sche Bestimmung ausdrücklich außer Anwendung setzt; daß ferner der Unberechtigte, welcher zur gewaltsamen Vertreibung schreitet, nicht den Wert der Sache, sondern Grundbesitz von gleichem Werte erstatten muß.

Die Variae des Cassiodorius lassen uns einen Blick thun in die damalige Praxis. Es wird zugestanden, daß die Richter nicht immer die Macht haben, den Gewaltthätigkeiten zu steuern; und König Athalarich nennt die Novelle Valentinian's III. ein längst nicht mehr angewandtes Gesetz. Beides wird erklärlich, wenn wir uns die Leute näher ansehen, von denen solche Gewaltthätigkeiten ausgingen. Es macht Mühe, den Gothen in dieser Beziehung die erforderliche ciuilitas beizubringen. Andererseits sind es hochgestellte Persönlichkeiten, gegen welche man einzuschreiten versucht; und nicht bloß gegen weltliche Große, auch gegen kirchliche Obere richten sich die Verfügungen. In letzterer Beziehung mag noch einer Ausnahmestellung gedacht werden, welche Valentinian III. in einer Novelle [1]) den Bischöfen einräumte. Während in Criminalprozessen eine Vertretung des Angeklagten ausgeschlossen ist, und dies im allgemeinen auch für die Bischöfe gilt, soll die gewaltthätige Vertreibung eine Ausnahme machen. Wegen einer solchen Anklage brauchen die Bischöfe nicht persönlich zu erscheinen, sondern können sich vertreten lassen; es wird ihnen also die Sache möglichst bequem gemacht, ‚ut sit ulla discretio meritorum.'

Ueberblicken wir somit die Ergebnisse, so scheint bei dem Kampfe, den wir die Gesetzgeber hier gegen die gewaltthätige Vertreibung führen sehen, nicht viel herausgekommen zu sein. Die Gesetzgeber sind zwar bemüht, ihre Bestimmungen zu wiederholen und zu verschärfen; aber die Praxis vermag den

1) Tit. 34 c. 1 § 1 de episcopali iudicio.

an sie gestellten Anforderungen nicht zu entsprechen, und erweist sich den thatsächlichen Verhältnissen gegenüber zu schwach.

Damit steht keineswegs in Widerspruch, daß mit den rechtlichen Anschauungen gleichwohl eine Umwandlung vor sich ging. Vielmehr entspricht die Umwandlung, die sich hier vollzog, ganz den damaligen Zeitverhältnissen.

Die klassische Wissenschaft, getragen von historischem Geiste und gewohnt, verschiedene Dinge mit verschiedenem Maße zu messen, hatte zur Bekämpfung der gewaltthätigen Vertreibung ein Rechtsmittel mit vielen Unterscheidungen ausgebildet. Es wurde unterschieden zwischen einfacher und qualificierter Gewalt; bei qualificierter Gewalt diente das Rechtsmittel nicht bloß zur Wiedererlangung, sondern auch zur Erlangung des Besitzes; stets aber beschränkte sich das Rechtsmittel auf Grundstücke, wenn auch neben Grundstücken bewegliche Sachen gefordert werden konnten.

Für solche Feinheiten hatte man in dieser gewaltthätigen Zeit kein Verständnis. Es entwickelt sich ein Rechtsmittel mehr grobkörniger Natur: ein Rechtsmittel, das die beweglichen Sachen gerade so gut trifft, wie die unbeweglichen; das nicht zur Erlangung, sondern nur zur Wiedererlangung des Besitzes dient; bei dem es einerlei ist, ob einfache oder qualificierte Gewalt vorliegt. Die Unterscheidung von einfacher und qualificierter Gewalt hat nur noch für die Strafzumessung Bedeutung.

Diese Grundgedanken treten uns bereits in einem Gesetze Kaiser Constantin's vom J. 319 entgegen; und diese Grundgedanken sind nicht wieder verloren gegangen, wenn auch Schwankungen und Verschiedenheiten in der Handhabung zu verzeichnen sind.

Mit dieser Umwandlung steht es durchaus in Einklang, daß das Rechtsmittel, welches die gewaltthätige Vertreibung bekämpfte, einen andern Namen annimmt.

Constantin in c. 1 C. Th. Unde ui 4, 22 vom J. 326 spricht von einer actio recuperandae possessionis; Arcadius und Honorius in c. 8 C. Th. de iurisdictione 2, 1 von

einem momentariae possessionis interdictum; Honorius und Theodosius in c. 6 C. Th. Unde ui vom Jahre 414 bringen die momenti actio; wofür Justinian in c. 3 C. J. Qui legitimam 3, 6 den Ausdruck momentariae possessionis actio gesetzt hat.

Jhering[1]), in Anlehnung an Cujacius[2]), erblickt in dieser momentariae possessionis actio eine Klage zur Bekämpfung „der unrechtmäßigen Besitzaneignung über den Begriff der uis hinaus". Dem ist mit Recht von Bruns[3]) widersprochen worden. Aber wenn auch diese momentariae possessionis actio ebenso wie das Interdictum de ui eine Gewaltthat zur Voraussetzung hat, so sind doch die Veränderungen, die hier vor sich gingen, bedeutend genug, um den Namen einer neuen Klage zu rechtfertigen[4]).

Die momentariae possessionis actio war, sprachlich wie sachlich, ein Kind ihrer Zeit: deren innere Berechtigung wir darum nicht minder werden anerkennen müssen, wie die feinen Unterscheidungen der alten Wissenschaft.

Und um mit dieser neuen Benennung vollständig abzuschließen, wäre noch zu verweisen auf

c. 3 de interdictis 8, 1 vom Jahre 293.

interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur.

c. 2 Unde ui 8, 4 vom Jahre 293.

Vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo.

c. 4 eodem vom Jahre 294.

Si de possessione ui deiectus es ..ad instar interdicti unde ui conuenire potes.

§. 8 J. de interdictis 4, 15.

nam quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia, non est necesse reddi interdictum;

1) Grund des Besitzesschutzes[2], S. 108 u. sonst.
2) Obs. 1, 20 u. 19, 16.
3) Besitzklagen, S. 84 flg.
4) Aehnlich faßt Brinz, Pand., Bd. 1[2], S. 749, die Sache auf.

sed perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

Das Interdictenverfahren unterschied sich in früherer Zeit von dem gewöhnlichen Verfahren dadurch, daß es mit einem bedingten Befehl eingeleitet wurde. Diese Eigentümlichkeit fällt später fort: es soll nicht mehr nötig sein, daß ein solcher bedingter Befehl noch erlassen werde; es soll statt dessen auch hier das Verfahren mit gewöhnlicher Klage eröffnet werden.

Seitdem diese Entwicklung zum Abschluß gekommen war, verlor der Ausdruck Interdictum sachlich seine Berechtigung. Und wenn wir gleichwohl in den Quellen neben der momentariae possessionis actio die Bezeichnung momentariae possessionis interdictum finden, wenn namentlich der alte Name Interdictum de ui keineswegs gewichen; so ist das nur ein Beweis dafür: daß ältere Benennungen nicht immer verschwinden, wenn die Sache eine andere geworden. Hierfür ließen sich viele Beispiele anführen. Man sprach noch immer von Condictionen, als die Ankündigung, worauf der Name beruht, längst nicht mehr stattfand. Ebenso hat der Name rei uindicatio die alte symbolische Handlung des uindicare weit überdauert.

Dazu scheint das Interdictenverfahren an sich noch möglich gewesen zu sein, wenn es auch thatsächlich nicht mehr vorgekommen sein wird: denn Justinian sagt nur ‚non est necesse reddi interdictum'. Und diese theoretische Möglichkeit eines Interdictum de ui ist vielleicht gleichzeitig geeignet, uns über einen „schreienden Widerspruch" hinwegzuhelfen, mit dem man hier auf Grund von fr. 1 § 6 de ui gekämpft hat[1]). Das theoretisch mögliche, aber in Wirklichkeit nicht mehr vorkommende Interdictum de ui mochte man als auf Grundstücke beschränkt darstellen, die für die Praxis allein in Betracht kommende momentariae possessionis actio umfaßte bewegliche, wie unbewegliche Sachen.

Diese Annahme würde dann wiederum in Einklang stehen

1) Vgl. z. B. Bruns, Besitzklagen, S. 178.

mit einer durchgehenden Eigentümlichkeit der Justinian'schen Gesetzgebung. Die Beschäftigung mit der alten Litteratur hatte nicht verfehlt, die Verfasser dieser Gesetzgebung mit hoher Achtung zu erfüllen. Und diese ehrfurchtsvolle Stimmung, welche sie den Meistern der Wissenschaft entgegen brachten, hatte zur Folge: daß sie mehr hielten, als für die damaligen Zeitverhältnisse wünschenswert und geboten war; nur um nicht ihren Kaiser hinzustellen als einen antiquitatis penitus contemptor [1]).

§ 68. Schluß.

Die Compilatoren der Justinian'schen Gesetzgebung — wie haben sie sich dieser Sachlage gegenüber verhalten?

Die Umwandlung, die einmal eingetreten war, konnten sie nicht füglich rückgängig machen. Andererseits lag ihnen ob, die Ueberreste der alten juristischen Litteratur den veränderten Verhältnissen anzupassen. Dies ist von ihnen geschehen durch Interpolationen. Diese Interpolationen sind aber nicht von der Beschaffenheit, daß der ältere Rechtszustand gänzlich unsichtbar geworden wäre.

Folgende Aenderungen kommen für uns vorzugsweise in Betracht.

1. Das Interdictum wegen einfacher und qualificierter Gewalt wurde einheitlichen Grundsätzen unterworfen.

a. Das Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers wird allgemein beseitigt, wie dies Kaiser Constantin schon gethan.

§ 6 J. de interdictis 4, 15.

nam ei proponitur interdictum unde ui, per quod is qui deiecit cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo qui ui deiecit ui uel clam uel precario possidebat.

Die Interpolation ergiebt sich aus einer Vergleichung mit Gai. 4, 154 u. 155.

Außerdem blickt der ältere Rechtszustand noch deutlich durch bei

---

1) Vgl. c. 22 § 13a de iure delib. 6, 30.

Ulp. fr. 1 § 30 de ui 43, 16.

Qui a me ui possidebat, si ab alio deiciatur, habet interdictum.

Ferner hat

Pomp. fr. 14 eodem.

Sed si ui armata etc.

einmal den Gegensatz gebildet zur einfachen Gewalt.

b. Das einheitliche Rechtsmittel Justinian's, abgesehen zunächst von der Neuerung in c. 11 Unde ui, dient nur zur Wiedererlangung gewaltthätig entzogenen Besitzes.

Paulus fr. 2 § 3 de interdictis 43, 1.

reciperandae possessionis causa proponuntur sub rubrica unde ui.

Das Interdictum de ui armata war aber sowohl reciperandae als apiscendae possessionis gewesen.

Hierauf wird sich ursprünglich bezogen haben der Schluß des obigen § 3:

sunt interdicta, ut diximus, duplicia tam reciperandae quam apiscendae possessionis.

Formell läßt sich das so ausdrücken: es gab nicht bloß ein Interdictum mit der Fassung ‚Unde tu illum ui hominibus coactis armatisue deiecisti', sondern auch ein Interdictum ‚Unde tu illum ui hominibus armatis prohibuisti.' Das letztere hatte Ulpian fr. 3 § 8—11 de ui vor Augen [1]).

2. Nach Justinian'schem Rechte hat nur noch der gegenwärtige Besitzer ein Vertreibungsrecht oder, wie man es hier besser nennt, ein Verteidigungsrecht. Dieses Vertreibungsrecht, bezw. Verteidigungsrecht des gegenwärtigen Besitzers setzen die römischen Rechtsgelehrten im allgemeinen als selbstverständlich voraus. Nach zwei Richtungen hin haben sie es aber besonders betont.

Der einfachen Gewalt des gewesenen Besitzers kann selbst dann mit einfacher Gewalt begegnet werden, wenn der Besitz des gegenwärtigen Besitzers dem gewesenen gegenüber ein fehlerhafter sein sollte.

1) Vgl. oben § 60, S. 381 flg.

Hieraus folgerte Cassius: arma armis repellere licere. Der Satz hatte ursprünglich Beziehung zum Interdictum Unde ui hominibus armatis prohibuisti. Wenn ein Berechtigter Besitz ergreifen wollte, so durfte der gegenwärtige Besitzer ihn nicht mit Waffengewalt daran hindern. Er hatte diesem gegenüber zwar das Verteidigungsrecht, aber einem Unbewaffneten durfte er ebenfalls nur als Unbewaffneter entgegentreten. Kam dagegen der Berechtigte mit Waffen, so war auch bewaffneter Widerstand zulässig [1]).

Die beiden Sätze haben auch die Justinian'schen Compilatoren aufgenommen den einen allerdings aller Wahrscheinlichkeit nach interpoliert. Da aber die besondern Beziehungen, welche diese Sätze ursprünglich hatten, im Justinian'schen Rechte nicht mehr vorhanden sind; so können sie nur als allgemeiner Ausdruck für das Verteidigungsrecht des gegenwärtigen Besitzers in Betracht kommen. Was demnach früher selbstverständlich war, hat auf diese Weise in der Justinian'schen Gesetzgebung einen besondern Ausdruck erhalten. Danach stellt sich die Sache so.

Nach fr. 1 § 27 de ui gilt der Satz: uim ui repellere licere. Der gegenwärtige Besitzer darf also der einfachen Gewalt einfache Gewalt entgegensetzen.

Außerdem gilt der Satz: arma armis repellere licere. Ein bewaffneter Angriff darf also vom gegenwärtigen Besitzer mit Waffen zurückgewiesen werden. Dabei wird ihm aber zweimal das ‚non ex interuallo' eingeschärft.

Ulp. fr. 3 § 9 de ui 43, 16.

> Eum igitur, qui cum armis uenit, possumus armis repellere, sed hoc confestim non ex interuallo, dummodo sciamus non solum resistere permissum, ne deiciatur, sed et si deiectus quis fuerit, eundem deicere non ex interuallo, sed ex continenti.

Hiernach kann der gegenwärtige Besitzer bewaffneten Angriff mit Waffen zurückweisen. Dabei ist zu bemerken, daß

1) Siehe oben § 59 No. III, 1, a, β, S. 372 flg.

ihm nicht bloß Widerstand im engern Sinne gestattet ist; er kann auch denjenigen, von dem er vertrieben worden, wieder vertreiben. Dies letztere jedoch nur unter der Voraussetzung, daß er sich sofort dazu entschließt. Hier hat das non ex interuallo Sinn. Dagegen die Hinzufügung des non ex interuallo beim allgemeinen repellere, das sowohl das resistere wie das eundem deicere umfaßt, ist geradezu sinnlos. Die Compilatoren scheinen hier in ihrem Eifer, vor unzeitigem Gebrauch der Waffen zu warnen, ein ‚non ex interuallo' zu viel interpoliert zu haben.

Im übrigen hat es mit dieser Interpolation folgende Bewandtnis.

War jemand mit Waffen vertrieben, so konnte er nach früherem Rechte zu jeder beliebigen Zeit mit Waffen wiederum vertreiben. Und wenn er dann mit dem Interdictum de ui armata belangt wurde, so stand ihm die Einrede zu ‚quod tu prior hominibus armatis non ueneris.' So wird noch Ulpian die Sache dargestellt haben [1]).

Die Compilatoren konnten diesen Satz nicht gebrauchen, weil sie das Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers beseitigen wollten; daher gestatten sie nur die sofortige Wiedervertreibung. Denn eine sofortige Wiedervertreibung fällt nicht unter den Gesichtspunkt eines neuen Besitzerwerbes, sondern erscheint als eine Behauptung des alten Besitzes [2]).

Wie ist es nun, wenn ein gegenwärtiger Besitzer einen Unbewaffneten mit Waffen zurücktreibt? Nach klassischem Rechte muß dies unzweifelhaft gestattet gewesen sein, sofern der Unbewaffnete nur nicht gerade der Berechtigte war; oder ein gewesener Besitzer, dem gegenüber fehlerhafter Besitz ausgeübt wurde. Und selbst wenn der gegenwärtige Besitzer zunächst im Kampfe unterlegen wäre, hätte er sofort durch Waffen seinen Besitz sich wiederverschaffen können, ohne dem Interdictum de ui armata verfallen zu sein. Dies ergiebt ebenfalls die von Julian in fr. 17 de ui aufgestellte Regel.

1) Vgl. oben § 59 No. III, 1, a, α, S. 372.

2) fr. 17 de ui 43, 16.

319 entzog dem gewesenen Besitzer überhaupt das Vertreibungsrecht, und ließ ihm nur die Wahl zwischen strafrechtlicher Verfolgung und Civilklage [1]).

Die Nachteile für den gewesenen Besitzer, der gleichwohl zur Vertreibung seine Zuflucht nimmt, gestalten sich verschieden, je nachdem er sein Eigentum darthun konnte oder nicht. Der Eigentümer sollte die Hälfte seines Eigentumes zu Gunsten des Fiscus verwirkt haben. Damit ist dem Eigentümer, als solchem, ebenfalls das Vertreibungsrecht abgesprochen.

Minder hart ahndete Constantin in c. 2 C. Th. Fin. reg. 2, 26 = c. 4 C. J. eodem 3, 39 vom Jahre 330 bei Grenzstreitigkeiten geübte Eigenmacht. Der Nichtberechtigte mußte so viel Land außerdem erstatten, der Berechtigte kam ohne Nachteile davon.

Aber dieses Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers ließ sich nicht durch einen einzigen Federstrich beseitigen. Siebenzig Jahre nach dem Gesetze Kaiser Constantin's vom Jahre 319 bildet das Vertreibungsrecht wiederum den Gegenstand der Gesetzgebung. Und — bezeichnend genug für die damaligen Zeiten — ein fiskalisches Interesse war es, welches die nächste Veranlassung dazu darbot.

Es handelte sich um die vom Tyrannen Maxentius eingezogenen Güter. Während altem Brauch zufolge solche von gefallenen Machthabern eingezogenen Güter an die rechtmäßigen Besitzer zurückgegeben werden mußten, hat man in diesem Falle mit der Rückgabe keine allzu große Eile. Der Fiscus nimmt den Besitz für sich in Anspruch und verweist die früheren Besitzer auf den Rechtsweg. Diejenigen, welche zur Vertreibung ihre Zuflucht genommen hatten, sollen zur Strafe ihres Eigentums verlustig sein; wer zugegriffen hatte, ohne einen rechtlichen Anspruch zu haben, soll zur Strafe den Wert zahlen.

Diese in c. 3 C. Th. Unde ui 4, 22 von den Kaisern Valentinian II., Theodosius I. und Arcadius getroffene Verfügung enthält nebenbei den allgemeinen Satz: daß dies auch

1) Siehe oben § 62, S. 396 flg.

in Privatsachen gelten solle. Der Satz läßt an sich eine doppelte Deutung zu: je nachdem wir ihn bloß auf den Nichtberechtigten, oder mit auf den Berechtigten beziehen. Die letztere Auffassung dürfte aber vom Standpunkt des codex Theodosianus unzulässig sein, da wir dann in Widerspruch gerieten mit dem Gesetze Kaiser Constantin's [1]).

Gleichwohl wird der Satz schon im Jahre 440, nachdem der codex Theodosianus noch keine anderthalb Jahre in Kraft getreten war, in einer Novelle Valentinian's III., die sich als eine Erneuerung der c. 3 C. Th. Unde ui ankündigt, auf den Berechtigten mitbezogen. Auch sonst fehlt es in dieser Novelle nicht an Verschärfungen. Bemerkenswerter ist aber nicht bloß die Besorgnis, welche Valentinian III. hegt: es möchte seine Verordnung wegen der Werterstattung nicht angewandt werden. Mehr noch fällt auf: daß Valentinian III. der erste war, der das von ihm eingeschärfte und verschärfte Gesetz selber nicht zur Anwendung brachte [2]).

Ueberhaupt waren die damaligen Zeiten wenig geeignet, durch gesetzliche Mittel der gewaltthätigen Vertreibung zu steuern.

In dem syrisch-römischen Rechtsbuche ist man wieder zum Standpunkt des Decretum diui Marci zurückgekehrt.

In der lex Romana Burgundionum finden wir das Vertreibungsrecht ebenfalls im weiten Umfange anerkannt, was mit germanischen Einflüssen zuzuschreiben sein dürfte.

Das edictum Theodorici ist im übrigen zwar bemüht, der Selbsthülfe zu steuern; aber das Recht des gewesenen Besitzers, denjenigen zu vertreiben, dessen Besitz ihm gegenüber ein fehlerhafter war, wird ausdrücklich anerkannt. Dies hatte jetzt umsomehr zu bedeuten, als man ein Interdictum wegen einfacher und qualificierter Gewalt nicht mehr unterschied: man befand sich also insofern wieder auf vorciceronianischem Standpunkt [3]).

1) Siehe oben § 63, S. 406 flg.
2) Siehe oben § 64, S. 411.
3) Vgl. Fitting, Ztschr. für Rtsgesch. Bd. 11, S. 443.

Ebenso verhält es sich mit der lex Romana Visigothorum. Im übrigen ist bemerkenswert: daß die interpretatio zu c. 3 C. Th. Unde ui den allgemeinen Satz auf den Berechtigten mitbezieht, und demgemäß die damit in Widerspruch stehende Constantin'sche Bestimmung ausdrücklich außer Anwendung setzt; daß ferner der Unberechtigte, welcher zur gewaltsamen Vertreibung schreitet, nicht den Wert der Sache, sondern Grundbesitz von gleichem Werte erstatten muß.

Die Variae des Cassiodorius lassen uns einen Blick thun in die damalige Praxis. Es wird zugestanden, daß die Richter nicht immer die Macht haben, den Gewaltthätigkeiten zu steuern; und König Athalarich nennt die Novelle Valentinian's III. ein längst nicht mehr angewandtes Gesetz. Beides wird erklärlich, wenn wir uns die Leute näher ansehen, von denen solche Gewaltthätigkeiten ausgingen. Es macht Mühe, den Gothen in dieser Beziehung die erforderliche ciuilitas beizubringen. Andererseits sind es hochgestellte Persönlichkeiten, gegen welche man einzuschreiten versucht; und nicht bloß gegen weltliche Große, auch gegen kirchliche Obere richten sich die Verfügungen. In letzterer Beziehung mag noch einer Ausnahmestellung gedacht werden, welche Valentinian III. in einer Novelle [1]) den Bischöfen einräumte. Während in Criminalprozessen eine Vertretung des Angeklagten ausgeschlossen ist, und dies im allgemeinen auch für die Bischöfe gilt, soll die gewaltthätige Vertreibung eine Ausnahme machen. Wegen einer solchen Anklage brauchen die Bischöfe nicht persönlich zu erscheinen, sondern können sich vertreten lassen; es wird ihnen also die Sache möglichst bequem gemacht, ‚ut sit ulla discretio meritorum.'

Ueberblicken wir somit die Ergebnisse, so scheint bei dem Kampfe, den wir die Gesetzgeber hier gegen die gewaltthätige Vertreibung führen sehen, nicht viel herausgekommen zu sein. Die Gesetzgeber sind zwar bemüht, ihre Bestimmungen zu wiederholen und zu verschärfen; aber die Praxis vermag den

1) Tit. 34 c. 1 § 1 de episcopali iudicio.

an sie gestellten Anforderungen nicht zu entsprechen, und erweist sich den thatsächlichen Verhältnissen gegenüber zu schwach.

Damit steht keineswegs in Widerspruch, daß mit den rechtlichen Anschauungen gleichwohl eine Umwandlung vor sich ging. Vielmehr entspricht die Umwandlung, die sich hier vollzog, ganz den damaligen Zeitverhältnissen.

Die klassische Wissenschaft, getragen von historischem Geiste und gewohnt, verschiedene Dinge mit verschiedenem Maße zu messen, hatte zur Bekämpfung der gewaltthätigen Vertreibung ein Rechtsmittel mit vielen Unterscheidungen ausgebildet. Es wurde unterschieden zwischen einfacher und qualificierter Gewalt; bei qualificierter Gewalt diente das Rechtsmittel nicht bloß zur Wiedererlangung, sondern auch zur Erlangung des Besitzes; stets aber beschränkte sich das Rechtsmittel auf Grundstücke, wenn auch neben Grundstücken bewegliche Sachen gefordert werden konnten.

Für solche Feinheiten hatte man in dieser gewaltthätigen Zeit kein Verständnis. Es entwickelt sich ein Rechtsmittel mehr grobkörniger Natur: ein Rechtsmittel, das die beweglichen Sachen gerade so gut trifft, wie die unbeweglichen; das nicht zur Erlangung, sondern nur zur Wiedererlangung des Besitzes dient; bei dem es einerlei ist, ob einfache oder qualificierte Gewalt vorliegt. Die Unterscheidung von einfacher und qualificierter Gewalt hat nur noch für die Strafzumessung Bedeutung.

Diese Grundgedanken treten uns bereits in einem Gesetze Kaiser Constantin's vom J. 319 entgegen; und diese Grundgedanken sind nicht wieder verloren gegangen, wenn auch Schwankungen und Verschiedenheiten in der Handhabung zu verzeichnen sind.

Mit dieser Umwandlung steht es durchaus in Einklang, daß das Rechtsmittel, welches die gewaltthätige Vertreibung bekämpfte, einen andern Namen annimmt.

Constantin in c. 1 C. Th. Unde ui 4, 22 vom J. 326 spricht von einer actio recuperandae possessionis; Arcadius und Honorius in c. 8 C. Th. de iurisdictione 2, 1 von

Widerstand entgegengesetzt hat.[1]) Ebenso scheint im Westen der Zustand, wie er uns in den vorgeführten Rechtsbüchern[2]) entgegentritt, noch Jahrhunderte lang nach Einführung des Justinian'schen Rechtes fortgedauert zu haben: denn der Brachylogus[3]) versagt mit einem gewissen Nachdruck das Interdictum Unde ui dem Vertriebenen, dessen Besitz dem Vertreiber gegenüber ein fehlerhafter war.

Doch ich will diesen Punkt nicht weiter verfolgen — ich habe mich bei den thatsächlichen Verhältnissen vielleicht ohnehin schon zu lange aufgehalten — für das heutige gemeine Recht kann es einem Zweifel nicht wohl unterliegen, daß die Justinian'sche Gesetzgebung maßgebend ist. Ich wende mich daher den Fragen wieder zu, die bereits nach vorjustinian'schem Rechte erörtert wurden, um sie vom neu gewonnenen Standpunkte aus zu betrachten.

b. § 69. Die vier Möglichkeiten.

Die gemeinschaftliche Voraussetzung für alle vier Möglichkeiten ist: daß der Besitzer auf kurze Zeit abwesend war, und währenddessen ein Eindringling in der Absicht, Besitz auszuüben, das Grundstück betrat.

Ferner haben wir zu unterscheiden zwischen den einfachen Fällen und den Vertretungsfällen.

I. Die einfachen Fälle.

1. Der Besitzer kehrt um, ohne einen Vertreibungsversuch zu unternehmen.

Hier ist der Besitz verloren gegangen, es versagt aber das alte Interdictum de ui, weil keine Gewaltthat vorliegt. Nach vorjustinian'schem Rechte griff hier noch das Vertreibungsrecht ein. Da aber dieses nach Justinian'schem Rechte dem gewesenen Besitzer versagt ist, so sind wir hier zunächst ohne allen

1) Vgl. Bruns zum syrisch-röm. Rtsbuch, S. 331.

2) Siehe oben § 65.

3) Lib. 4 tit. 28 § 2 und 3. Dazu Fitting, Ztschr. für Rtsgesch., Bd. 11, S. 443.

und jeden Schutz. Wir werden später sehen, wie diese Lücke vielleicht auszufüllen [1]).

2. Der Zurückkehrende verjagt den Eindringling.

Nach vorjustinian'schem Rechte war dies durchaus statthaft; ebenso verhält es sich aber auch nach Justinian'schem Rechte. Beseitigt ist hier zwar allgemein das Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers, bei Bestand geblieben dagegen das Verteidigungsrecht des gegenwärtigen Besitzers. Indem aber die beiden Sätze uim ui repellere licere und arma armis repellere licere in eigentümlicher Weise in den Vordergrund treten, hat es den Anschein: als hätte Justinian den Gebrauch von Waffen Unbewaffneten gegenüber verbieten wollen. Ein solches Verbot könnte indes höchstens strafrechtliche Bedeutung haben, käme mithin für das heutige Recht nicht mehr in Betracht [2]). Denn ob und inwiefern die Verteidigung des gegenwärtigen Besitzes durch Waffen strafrechtlich erlaubt: darüber entscheiden die heutigen Grundsätze der Notwehr [3]).

Bruns [4]) hat neuerdings das Vertreibungsrecht des Zurückkehrenden in Abrede genommen. Ihm haben zugestimmt Pernice [5]) und Randa [6]); gegen ihn haben sich erklärt Meischeider [7]), Bekker [8]) und Wendt [9]). Bruns hat Unrecht, sofern es sich um die kurze Abwesenheit handelt.

Zunächst stellt Bruns den ganz richtigen Satz auf, daß bei der Notwehr jede Gewalt, die zur Wehr nötig, erlaubt sei: ich darf den Angreifer, wenn ich mich nicht anders retten kann, niederstoßen, erschießen u. s. w.

Diese Befugnis soll aber nach Bruns der Besitzer nur dann

1) Siehe unten § 76.
2) Siehe oben § 68, No. 2, S. 434.
3) St.G.B. § 53.
4) Besitzklagen, S. 146 flg.
5) Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. 20, S. 640, 641.
6) Besitz², S. 504.
7) Besitz, S. 329 flg.
8) Recht des Besitzes, S. 275 flg.
9) Faustrecht, S. 172 flg.

haben, wenn er thatsächlich Inhaber der Sache ist; anders soll es sich verhalten, wenn ihm thatsächlich ein Occupant gegenüber steht.

Damit ist eine Unterscheidung in die Quellen hineingetragen, welche denselben durchaus fremd. Wenn und soweit die Quellen den Zurückkehrenden als Besitzer behandeln, müssen ihm auch die Befugnisse des Besitzers zugestanden werden. Nun ist aber zufolge einer Entwicklung, welche in der Justinian'schen Compilation Aufnahme gefunden hat[1]), der nach kurzer Zeit Zurückkehrende alleiniger Besitzer, der Eindringling Nichtbesitzer. Wenn daher der Eindringling den Zurückkehrenden nicht zuläßt, so ist der Zurückkehrende der Angegriffene, nicht der Eindringling: denn der Eindringling hat gar keinen Besitz, den er verteidigen könnte, sondern nur der Zurückkehrende. Und wer dem Zurückkehrenden die Befugnis abspricht, einen solchen Eindringling zu vertreiben, giebt damit den Besitzesbegriff gerade in einem Augenblicke preis, wo er anfangen sollte, sich praktisch zu bewähren.

Bruns glaubt ferner, daß die Polizei eine solche Vertreibung gar nicht immer gestatten werde, und führt in dieser Beziehung folgenden Fall vor.

Eine Handwerkerswittwe, die ihr Haus verkauft, zögert mit der Uebergabe. Der Käufer findet Gelegenheit, mit Sack und Pack einzuziehen, während sich die Wittwe in ihrem Garten vor dem Thore aufhält. Die zurückkehrende Wittwe versucht mit Gesellen und Burschen das Haus zu stürmen, der Käufer setzt sich mit seinen Gesellen zur Wehr, bis die Polizei die Schlägerei beendigt.

Hieran knüpft Bruns die Frage: wie darf die Polizei eine von allen Juristen erlaubte Selbsthülfe beeinträchtigen?

Diese Frage wäre doch wohl besser unterblieben. Die Polizei pflegt sich um privatrechtliche Titel überhaupt nicht sonderlich zu kümmern. Sie schreitet da ein, wo ihr die öffentliche Ruhe und Sicherheit bedroht erscheint. Diese Schranke muß demnach jede Selbsthülfe innehalten.

1) Vgl. namentlich fr. 6 § 1 A. u. A. P. und dazu oben § 59 No. II, S. 367 flg.

Das Herbeirufen der Polizei hätte Bruns um so mehr unterlassen sollen, als sich der Fall leicht so wenden läßt, daß auch das von Bruns anerkannte Vertreibungsrecht sich der Polizei beugen müßte. Man setze: der Käufer läßt die Wittwe, die sich zufällig allein befindet, aus dem Hause tragen und zieht sofort ein; die Wittwe weiß sich Hülfe zu verschaffen und versucht das Haus zu stürmen. Auch hier wäre es Sache der Polizei, eine entstehende Schlägerei zu beenden.

Es verhält sich mit den Polizeivorschriften ähnlich, wie mit den strafrechtlichen: selbst der rechtmäßigste Besitzer, an dessen Besitz kein Makel erfindlich, verfällt dem Strafrecht, wenn er bei Verteidigung seines Besitzes ein gewisses Maß überschreitet [1]).

Trotz dieser mangelhaften Begründung hat die Bruns'sche Auffassung gleichwohl ihren ganz gesunden Kern. Bruns bekämpft ein Vertreibungsrecht des Zurückkehrenden, das die herrschende Ansicht allgemein zugesteht, ohne zwischen kurzer und langer Abwesenheit zu unterscheiden. Und gerade die lange Abwesenheit ist es, welche seine Bedenken hervorgerufen hat. Er sagt a. a. O. Seite 142:

„Allerdings wenn man den Fall der l. 6 de poss. nimmt — ich gehe auf den Markt, finde bei der Rückkehr einen Eindringling in meinem Hause und jage ihn hinaus — so scheint die Annahme natürlich, daß mein Besitz gar nicht aufgehört hat. Allein man nehme Fälle längerer Abwesenheit, und daß der Occupant sich in Ruhe festgesetzt, den Boden cultiviert, eingefriedet, bebaut hat?"

Wenn es denn aber so natürlich, daß der Besitz bei kurzer Abwesenheit fortdauert, nicht aber bei längerer Abwesenheit: so wäre es doch auch wohl kein Ding der Unmöglichkeit, in dieser Weise zu unterscheiden, und den Besitz im einen Falle trotz der Occupation fortdauern, im andern aber aufhören zu lassen. In der That ist das Vertreibungsrecht bei kurzer Ab-

1) c. 1 Unde ui 8, 4: possessionem, quam sine uitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam uim propulsare licet.

wesenheit geradezu eine Notwendigkeit, wenn wir nicht diesen Begriff den geringfügigsten Zufälligkeiten preisgeben wollen. Das mag noch an zwei Beispielen dargethan werden.

Der Inhaber eines Ladengeschäftes setzt sich auf die Bank seines Nachbarn, um von hier aus sein Haus zu bewachen, in dem sich zufällig niemand befindet. Jemand tritt in den Laden; der Hausbesitzer folgt und fragt, was er will. Wenn dieser nun behauptete, Besitz ergriffen zu haben, so wäre nach Bruns der Hausbesitzer seines Besitzes verlustig und nicht berechtigt, diesen Eindringling hinauszuwerfen.

Anderer Fall. Ein Hausbesitzer, der seine Frau mit Kindern und Mädchen in's Bad geschickt hat, findet eines Abends, als er nach Hause kommt, einen Eindringling in seinem Bette. Durchdrungen von der Bruns'schen Theorie, bittet der Hausbesitzer um die Erlaubnis, die Nacht auf seinem eignen Sopha zubringen zu dürfen. Der Eindringling verweigert dies, und der Hausbesitzer muß Kehrt machen.

3. Der Eindringling verjagt den Besitzer.

Hier hat der Besitzer die Befugnis, erneuerte Vertreibungsversuche vorzunehmen, jedoch muß dies sofort geschehen[1]). Für die Zukunft verbietet das Justinian'sche Recht derartige Erneuerungen.

Sieht der Zurückgewiesene von sofortiger Erneuerung der Vertreibungsversuche ab, oder mislingen ihm dieselben, so ist der Eindringling gewaltthätiger Besitzer geworden und kann mit dem Interdictum de ui belangt werden.

4. Der Eindringling behauptet sich nur teilweise.

a. Der Eindringling hat sich in einem Teile eines Gebäudes festgesetzt. Hier ist für den Besitzesbegriff das Parterre maßgebend, sei es nun gewöhnliches Parterre oder Hochparterre[2]). Und zwar reicht es zur Erhaltung des Besitzes

1) fr. 3 § 9 de ui. Vgl. dazu § 68 No. 2, S. 431 flg.
2) Siehe oben § 61 No. 4, b, S. 390 flg.

hin, wenn der Zurückkehrende sich auch nur in einem Teile des Parterre behaupten sollte.

Sofern der Zurückkehrende als Besitzer erscheint, steht ihm nicht nur das Interdictum Uti possidetis zur Seite; er kann auch fortwährend seine Vertreibungsversuche erneuern.

b. Der Besitz beider erscheint als ein reell geteilter: der Eindringling hat sich z. B. in einem für sich dastehenden Stallgebäude festgesetzt [1]).

Hier kommt der Zurückkehrende sowohl als gewesener wie als gegenwärtiger Besitzer in Betracht. Gewesener Besitzer ist er, wenn wir bloß den Teil, das Stallgebäude, betrachten. Als solcher hat er das Interdictum de ui.

Fassen wir aber das Ganze in's Auge, so ist der Zurückkehrende noch immer gegenwärtiger Besitzer. Als solcher verfügt er nicht nur über das Interdictum Uti possidetis, sondern kann auch fortwährend seine Vertreibungsversuche erneuern, ohne irgendwie zeitlichen Schranken unterworfen zu sein. Denn das Verteidigungsrecht des gegenwärtigen Besitzers hat das Justinian'sche Recht bei Bestand gelassen.

II. Die Vertretungsfälle.

1. Der Vertreter, z. B. ein Pächter, kehrt um, ohne einen Vertreibungsversuch zu unternehmen.

Hier tritt sofortiger Besitzesverlust ein [2]). Es versagt demnach das Vertreibungsrecht, und ebenso sind wir hier vorläufig ohne Rechtsmittel [3]).

2. Der zurückkehrende Vertreter verjagt den Eindringling.

Hierzu ist er vollkommen berechtigt. Der Eindringling ist nicht nur Nichtbesitzer, sondern auch unberechtigter Detentor, den jeder beliebige verjagen kann, da dem Eindringling kein Rechtsschutz zur Seite steht. Um so mehr muß diese Befugnis

1) Vgl. oben § 32 No. 5, S. 198 flg.
2) Vgl. oben § 56 No. II, 3, S. 358.
3) Siehe unten § 76.

dem berechtigten Detentor zustehen, der dann wieder wie vorher für den Vertretenen den Besitz ausübt.

3. Der Eindringling verjagt den Vertreter.

Hier wird dem Vertretenen das Interdictum de ui erworben.

4. Der Eindringling behauptet sich nur teilweise.

Hier kann in demselben Umfange, wie wenn der Eindringling sich dem Besitzer gegenüber teilweise behauptet hätte, das Vertreibungsrecht geübt werden. Und ebenso werden wir mit denselben Unterscheidungen dem Besitzer das Interdictum Uti possidetis wie de ui gewähren können.

c. § 70. Streitfragen.

Das hier besprochene Verhältnis hat eine Reihe von Streitfragen hervorgerufen. Eine Zusammenstellung derselben findet sich bei Windscheid[1]) und Leist[2]). Ich folge hier zunächst der Windscheid'schen Anordnung. Windscheid fragt:

1. Ist Gewalt gegen den Occupanten erlaubt?

Statt dessen Leist: kann er auch Gewalt gegen den Occupanten oder dessen Nachfolger gebrauchen?

2. Kann er auch durch das Interdictum Uti possidetis vertrieben werden?

Leist: welche Klagen hat der Weggegangene gegen den Occupanten oder dessen Nachfolger?

3. Gilt der Satz auch dem gutgläubigen Occupanten und demjenigen gegenüber, an welchen der Occupant die Detention weiter überträgt?

Statt dessen hat Leist die beiden Fragen:

a. Steht dem furtiue Occupierenden der in gutem Glauben Occupierende gleich?

b. Wie steht der vom Occupierenden die Sache Erwerbende?

1) Pandekten, Bd. 1[5], § 156, Anm. 8.

2) Wechselbeziehung, S. 40.

4. Wie ist es, wenn der Besitzer nach erlangter Kenntnis durch Krankheit, Abwesenheit, Wahnsinnn u. s. w. an der Vertreibung des Occupanten gehindert wird?

Leist fragt statt dessen:

a. Wie lange kann überhaupt dieses Besitzretinieren des Abwesenden dauern?

b. Wie stellt es sich, wenn er wahnsinnig, krank u. s. w. wird?

5. Hat in der Zwischenzeit der Occupant nicht wenigstens dritten gegenüber den Interdictenschutz?

6. Oder ist wohl gar die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden nur auf sein Verhältnis zum Occupanten zu beschränken?

Außerdem fragt Leist noch:

7. Wer usucapiert, wenn die Sache vom Occupierenden in gutem Glauben erworben wurde?

Allen diesen Fragen gegenüber hat bereits Wendt [1]) mit Recht hervorgehoben: daß die Entscheidung gar so schwierig nicht ist, sobald man nur in dem Zurückkehrenden den alleinigen gegenwärtigen Besitzer sieht und den Eindringling als Nichtbesitzer behandelt.

Dazu kommt noch: daß die praktische Erheblichkeit der meisten dieser Fragen gar sehr zusammenschrumpft, sobald man die Besitzesfortdauer einem Eindringling gegenüber nur im Falle kurzer Abwesenheit annimmt.

Versuchen wir jetzt, die Fragen der Reihe nach zu beantworten.

1. Der nach kurzer Zeit zurückkehrende Besitzer kann Gewalt anwenden, mag ihm nun der erste Eindringling oder dessen Nachfolger gegenüberstehen: denn beide sind Nichtbesitzer, er der alleinige Besitzer.

2. Von der Verwendbarkeit des Interdictum Uti possidetis war oben § 69 Nr. 4 die Rede.

3. Eine gutgläubige Occupation ist bei kurzer Abwesenheit

1) Faustrecht, S. 174.

kaum denkbar: denn das sieht man einer Wohnung doch auf den ersten Blick an, ob der Weggegangene wiederkehren wollte, oder nicht. Jedenfalls ist der gutgläubige Occupant gerade so gut Nichtbesitzer, wie der bösgläubige. Dasselbe gilt von dem, an welchen der Occupant die Detention weiter überträgt.

4. Wie es werde, wenn den Besitzer Krankheit, Wahnsinn u. s. w. an der Vertreibung hindere? Gerade so, wie es wird, wenn der Besitzer aus sonstigen Gründen längere Zeit fortbleibt. Denn die besondere Behandlung gilt nur der kurzen, nicht der langen Abwesenheit. Sobald demnach die kurze Abwesenheit in lange übergeht, steht dem Besitzerwerbe des Eindringlings nichts im Wege. Von jetzt an ist der Eindringling der alleinige Besitzer, und der Abwesende Nichtbesitzer.

Es handelt sich also nur darum, die Grenzlinie zwischen kurzer und langer Abwesenheit zu ziehen. Das kann wiederum nicht mit mathematischer Schärfe geschehen; vielmehr muß dem richterlichen Ermessen bei Abwägung der für den einzelnen Fall in Betracht kommenden Verhältnisse ein gewisser Spielraum gelassen werden.

Daß eine kleine Reise noch unter den Begriff der kurzen Abwesenheit fällt, darauf weist uns der Wochenmarktsbesucher hin [1]). Wenn aber jemand eine Badereise von mehreren Wochen unternähme und während dieser Zeit sein Haus leer stehen ließe; so könnte man schon zweifeln, ob dies noch als kurze Abwesenheit aufzufassen wäre. Mehrere Wochen reichen hin, um einem Grundstücke eine ganz andere Gestalt zu geben; und einen solchen Zeitraum werden wir im allgemeinen nicht mehr kurz nennen dürfen.

Ist demnach ein Eindringling gleich nach der Abreise des Besitzers in dessen Wohnung eingezogen, so ist er zunächst nur heimlicher Innehaber des Grundstückes; wenn dann aber Wochen oder gar Monate vergehen, ohne daß jemand zurückkehrt, so führt das heimliche Innehaben zum Besitzerwerb.

---

1) fr. 6 § 1 A. u. A. P. 41, 2.

Dieselbe Wirkung werden wir der heimlichen Besitzergreifung sofort beilegen müssen, wenn eine lange Abwesenheit des bisherigen Besitzers schon voraufgegangen war.

5. Der Eindringling als Nichtbesitzer hat niemanden gegenüber Besitzesschutz und kann von jedem beliebigen dritten verjagt werden.

6. Dagegen reicht der Besitzesschutz des Abwesenden auch in diesem Falle so weit, wie Besitzesschutz überhaupt zu reichen pflegt.

7. Nicht einmal ein gutgläubiger Innehaber des Grundstückes könnte ersitzen, da ihm der Besitz fehlt. Außerdem ist wegen Kürze der Zeit eine Ersitzung unmöglich.

d. § 71. Erklärung.

Was zur Erklärung der hier in Frage stehenden Rechtsbildung vorzubringen, ist größtenteils schon gesagt und bedarf nur noch einiger Ergänzungen.

Zu erklären ist: warum nimmt das römische Recht bei kurzer Abwesenheit Fortdauer des alten Besitzes an, wenngleich ein anderer das Grundstück betreten hat, in der Absicht, Besitz zu erwerben?

Von Anfang an hat dieser Satz nicht gegolten. Ursprünglich gab es nur körperlichen Besitz; mit dem Verlassen eines Grundstückes ging der Besitz verloren.

Der unkörperliche Besitz ist der spätere Anbau. Und bei der kurzen Abwesenheit tritt uns die eigentümliche Erscheinung entgegen, daß der neue Anbau mehr zu bedeuten hat, als die alte Grundlage. Einer Erklärung scheint das allerdings zu bedürfen.

Wendt[1]) glaubt die Erklärung damit gegeben zu haben: daß man einem zurückkehrenden Hausbesitzer nicht verwehren könne, einen staubigen Bruder an die Luft zu befördern. Bei dieser Erklärung scheinen aber vor allen Dingen moderne und altrömische Vorstellung nicht gehörig auseinander gehalten zu sein.

1) Faustrecht, S. 178.

Die Fortdauer des Besitzes bei kurzer Abwesenheit hat für uns namentlich wegen des Vertreibungsrechtes ihre große Bedeutung. Dieser Standpunkt genügt aber nicht für das altrömische Recht. Vertreiben konnte im alten Rom auch ein gewesener Besitzer einen Eindringling, dessen Besitz, wenn nicht auf gewaltthätige, so doch auf heimliche Weise erworben war.

Die treibende Kraft im alten Rom war nicht das Vertreibungsrecht, sondern das Bedürfnis nach Rechtsschutz. Und diesem Bedürfnis ließ sich Rechnung tragen, ohne daß man nötig hatte, eine Besitzesfortdauer anzunehmen.

Cicero in seiner Rede für den Cäcina hat diesem Bedürfnis nach Rechtsschutz oder, sagen wir lieber, der Selbstverständlichkeit eines Rechtsschutzes beredten Ausdruck verliehen.

Er hält hier Piso, dem Verteidiger des Aebutius, die Frage entgegen: wenn du heute zu Hause gehst, und Bewaffnete verhindern dich am Eintritt, wie wirst du klagen? Daß der Prätor einschreiten könne und müsse, gilt ihm ausgemacht. Der Prätor, welcher ganze Tage lang sich nur mit Interdicten beschäftigt, der wegen Gräben und Gossen, wegen der geringfügigsten Wasserschöpf- und Wegegerechtigkeiten seine Gebote und Verbote erläßt, — dieser Prätor sollte plötzlich verstummen und kein Mittel wissen, um einen Hausbesitzer wieder in sein Haus zurückzuführen? Nicht um das Ob, nur um das Wie handelt es sich für Cicero. Und die Ansicht Cicero's, wie wir sahen[1]), ging dahin: weil beim Interdicte de ui armata der Zusatz ‚cum ille possideret' fehlt, kann es auch zur Erlangung des Besitzes gebraucht werden; und ist um so weniger einem gewesenen Besitzer zu versagen, der zwar nicht durch Gewalt, aber durch heimliche Besitzergreifung seinen Besitz verlor, und an der Wiedererlangung durch Waffengewalt gehindert wurde.

Einen andern Weg schlug schon vor Cicero, wenn van de Water's Vermutung in fr. 25 § 2 A. u. A. P. richtig, Q. Mucius ein[2]). Dieser ließ den alten Besitz trotz heim-

1) Siehe oben § 58, S. 361 flg.

2) Siehe oben § 59, S. 386 flg.

licher Besitzergreifung einstweilen fortdauern, wurde dann der Zurückkehrende nicht zugelassen, so lag eine gewaltthätige Vertreibung vor. Von dieser Ansicht sagt Pomponius a. a. O. ‚et uidetur utilius esse'. Das Nützliche lag eben darin: daß auf diese Weise für den Zurückkehrenden die Möglichkeit gegeben war, durch den Versuch, Zutritt zu erlangen, sich das Interdictum de ui zu verschaffen.

Beide Auswege, sowohl der von Cicero befürwortete, wie der auf Q. Mucius zurückgehende, sind dadurch veranlaßt: daß es dem römischen Rechte an einem Interdicte fehlte, mit dem sich heimlich erworbener Besitz wieder erlangen ließ. Das eine Mittel hatte zur Voraussetzung, daß dem Zurückkehrenden bewaffneter Widerstand entgegengesetzt wurde. Insofern war die Aushülfe, welche Q. Mucius brachte, umfassender; und für das Justinian'sche Recht kommt nur dieser Standpunkt in Betracht.

Von dieser Rechtsbildung behauptet Wendt a. a. O.

„Das wolle man nicht als Klügelei und juristische Spitzfindigkeit, welche dem thatsächlichen Verhältnis ein Schnippchen schlage, betrachten. Grundstücksbesitz ist gar nicht in anderer Weise denkbar, als mit jenem Satze."

Das Wahre an der Sache ist: Grundstücksbesitz ist nicht anders denkbar, als daß dem Besitzer, der nach kurzer Zeit zurückkehrt, das Vertreibungsrecht eingeräumt wird. Dieses Bedürfnis deckt sich aber keineswegs mit dem Satze des Q. Mucius.

Bruns[1]) spricht hier andererseits von einer Fiction:

„dann erscheint die Fortdauer des Besitzes nur als eine vom Gesetze gegen den wirklichen Sachverhalt aufgestellte Annahme."

Das ist jedenfalls zu viel gesagt: denn gegen den wirklichen Sachverhalt ist in der That nichts angenommen[2]). Es

1) Besitzklagen, S. 148.

2) Ueber den Begriff Fiction ist aus neuerer Zeit zu vergleichen: Bierling, Zur Kritik der jur. Grundbegriffe, Bd. 2, S. 85 flg.; Hölder, Archiv für die civ. Prax., Bd. 69, S. 221 flg.

hängt ja ganz von der Willkür des Gesetzgebers ab, die Bedingungen näher festzustellen, unter denen ein Besitzerwerb, bezw. Besitzverlust vor sich gehen soll. In diesem Falle ist nun der Satz aufgestellt: daß das heimliche Betreten eines Grundstückes, wenn es auch in der Absicht geschah, Besitz zu erwerben, bei kurzer Abwesenheit des Besitzers zum Besitzerwerbe nicht ausreichen soll. Das ist zwar eine Ausnahme von der Regel, jedoch keine Fiction.

Den Gedanken an eine Fiction müssen wir mithin zurückweisen; immerhin bleibt aber eine Künstelei übrig. Denn wenn man einen Rechtsschutz gegen heimliche Besitzentziehung haben wollte, konnte man ja geradeswegs auf das Ziel losgehen: brauchte nicht, der Regel zuwider, einen heimlichen Besitzerwerb preiszugeben, um Raum für eine gewaltthätige Besitzergreifung zu erhalten.

§ 72. Fortsetzung.

Die herrschende Ansicht unterscheidet nicht zwischen langer und kurzer Abwesenheit, sondern überträgt die Eigentümlichkeit, welche wir bei der kurzen Abwesenheit kennen gelernt haben, ohne weiteres auf die lange Abwesenheit. Auf diese Weise stehen wir allerdings vor einem Rätsel, das Savigny[1]) sich nicht zu erklären vermochte. Da es aber das römische Recht nicht ist, welches uns dieses Rätsel zu lösen aufgegeben, so kann füglich von einem Lösungsversuche Abstand genommen werden. Ich beschränke mich darauf, den neuesten Lösungsversuch einer Prüfung zu unterziehen.

Leist[2]), der sich in dieser Beziehung an Stintzing[3]) und Hugo[4]) anlehnt, meint: die in Frage stehende Eigentümlichkeit sei hervorgegangen aus einem Widerspruche gegen die Furtumtheorie. Wer die Ansicht teilte, daß auch an

1) Recht des Bes.[7], S. 348.
2) Wechselbeziehung, S. 36, 37.
3) Bona fides und Titulus S. 42.
4) Gesch. des röm. Rechts[11], S. 221 u. 303, 304.

Grundstücken ein furtum möglich sei, habe notwendig angenommen: daß „schon das bloße clam animo possessoris sich im Grundstück Befinden als furtum anzusehen sei".

Was Leist hier als notwendige Folgerung ausgiebt, ist nichts anderes, als weitere Ausführung des Vordersatzes, der erst noch zu beweisen war. Leist stellt sich die Sache so vor: als hätten römische Rechtsgelehrte die Behauptung aufgestellt, daß jedes heimliche Betreten eines Grundstückes mit Besitzeswillen ein Furtum sei. Eine Ansicht von dieser Allgemeinheit wird uns aber nirgends überliefert; die Furtumtheorie bewegte sich vielmehr auf einem ganz beschränkten Gebiete und diente ganz bestimmten Zwecken.

Als furtum eines Grundstückes ist nur aufgefaßt worden der wissentliche Verkauf desselben. Und zwar richtete sich dieser Satz in erster Linie gegen die Treulosigkeit der Pächter. Andere bekämpften diese Auffassung, aber nicht, weil sie die hier in Frage stehende Eigentümlichkeit geltend machten, sondern mittelst Berufung auf den Satz „niemand darf sich selber den Besitzgrund ändern" [1]).

Wer wissentlichen Verkauf eines Grundstückes für ein furtum ansah, mußte ferner die Ersitzung ausschließen. Diese Frage finden wir bei dem Falle besprochen, wenn jemand von einem Grundstücke eines lange Zeit Abwesenden, oder von einem Grundstücke, das zu einer ruhenden Erbschaft gehörte, heimlich Besitz ergriffen hatte und dann verkaufte; hier konnte der Käufer, wenn man in diesem Verkaufe ein furtum erblickte, trotz seines guten Glaubens nicht ersitzen [2]).

Daß man außer dem wissentlichen Verkaufe einer fremden Sache noch andere Arten des Furtum bei Grundstücken zugelassen hätte, wird uns nicht überliefert; ist also auch nicht ohne weiteres anzunehmen. Kann demnach der Leist'sche Vordersatz in seiner Allgemeinheit nicht bewiesen werden, so sind auch die daran geknüpften Folgerungen unbewiesene Behauptungen. Leist folgert zweierlei:

1) Vgl. oben § 41, S. 271 flg.
2) Gai. 2, 51.

1) daß der „clam ins Grundstück mit dem Besitzwillen Hereinkommende damit dem abwesenden und ignorans possessor den Besitz wegnehme". Und das soll dann wieder

2) den Beweis enthalten: daß die betreffenden Aussprüche der römischen Rechtsgelehrten direkt und genau den Widerspruch gegen die von Leist dem Sabinus zugeschriebene Ansicht darstellten.

In Bezug auf die erste Folgerung kommt noch hinzu, daß Gajus in der angeführten Stelle einen clam in's Grundstück mit dem Besitzwillen Hereinkommenden damit dem abwesenden und ignorans possessor den Besitz wegnehmen läßt, obwohl er selber die Furtumtheorie verwirft.

Und die zweite Folgerung ist jedenfalls als solche nicht in den Quellen enthalten, sondern erst durch eine Leist'sche Klammer hineingetragen. Die schlichten Worte uideri eum clam possidere in fr. 6 § 1 A. u. A. P. sollen nämlich nach Leist folgenden verwickelten Gedanken bergen:

„er ist nur heimlicher Occupant, qui furtiue ingressus est; aber er soll eben kein fur sein, d. h. er soll nicht, mag er auch dritten gegenüber als possidens gelten, als dem ignorans dessen Besitz contrectierend erscheinen."

Schließlich ist auch noch wenig damit erklärt, wenn man sagt: die in Rede stehende Eigentümlichkeit ist aus einem Widerspruche gegen die Furtumtheorie hervorgegangen. Denn Erklärung eines Rechtssatzes erfordert Aufdeckung des ökonomischen Zweckes, welcher erreicht werden sollte. Dieser Zweck war aber kein anderer, als daß man das fehlende Interdictum de clandestina possessione in irgend einer Weise ersetzen wollte. Diesem Zwecke ließen sich verschiedene Mittel dienstbar machen. Und wenn wir Furtumtheorie durch fingierte Besitzesfortdauer verdrängt sein lassen, so handelt es sich nur darum, daß ein Mittel das andere ersetzt hat. Nun wissen wir auch, daß verschiedene Mittel versucht wurden: Cicero in seiner Rede für den Cäcina faßt zu diesem Zwecke das Interdictum de ui armata als ein Interdictum apiscendae pos-

sessionis auf, zugerufen wird ihm iniuriarum actio. Daß auch die Furtumtheorie zu diesen Mitteln gezählt habe, ist aber bloße Vermutung, von der die Quellen nichts zu berichten wissen.

Sechstes Kapitel.

Lange Abwesenheit.

§ 73. Die herrschende Ansicht.

Die herrschende Ansicht unterscheidet nicht zwischen kurzer und langer Abwesenheit, sondern überträgt die Künstelei des Mucius auf letztere mit. Daraus wird dann weiter gefolgert, daß es eine heimliche Besitzergreifung bei Grundstücken gar nicht gebe. Am schärfsten tritt uns diese Auffassung bei Ihering[1]) entgegen:

„An unbeweglichen Sachen geht nach neuerem Recht der Besitz heimlich, d. h. ohne Wissen des Besitzers gar nicht mehr verloren, dies geschieht vielmehr erst dann, wenn letzterer die fremde Occupation erfährt. Weicht dann der Occupant nicht gutwillig, so steht gegen ihn, wie unten gezeigt werden wird, das int. unde ui zu, d. h. das neuere Recht erblickt in dieser eigenmächtigen Besitzaneignung, wenn es nicht beim bloßen Versuch geblieben ist, eine gewaltsame Dejection."

Andererseits läßt Ihering, wie wir bereits sahen[2]), nicht bloß bei verschuldeter, sondern auch bei unverschuldeter Abwesenheit Besitzesverlust eintreten. Mir will es vorkommen, als ob beide Vorstellungen nicht recht zu einander paßten. Ich kann es indessen unterlassen, diesen Widerspruch hier näher aufzudecken, da nach meiner Meinung beide Grundgedanken gleich unhaltbar sind.

---

1) Grund des Besitzesschutzes[3], S. 101.

2) Vgl. oben § 6, S. 26.

Was insonderheit die Unmöglichkeit einer heimlichen Besitzergreifung anbetrifft, so hätte an dieser Behauptung schon einigermaßen irre machen sollen ein Satz, den wir von der lex agraria bis zum edictum Theodorici[1]) sowie der lex Romana Visigothorum verfolgen können, und den die letztere als Paul. Sent. 5, 7 § 4 = 5, 6 § 7 so wieder giebt:

Qui ui aut clam aut precario possidet ab aduersario, impune deicitur[2]).

Wenn aber ein heimlicher Besitzer ungestraft vertrieben werden kann, und in dieser Beziehung auf gleiche Stufe gestellt wird mit einem gewaltthätigen Besitzer und Precaristen, so muß doch ein heimlicher Besitzerwerb an Grundstücken möglich gewesen sein!

Eine Folgerung, die so klar auf der Hand liegt, bedarf nicht weitläufiger Quellenbelege; statt vieler genüge Cic. de lege agrar. 3, 3 § 11.

Quid deinde? Possessa. Hoc Tribunus plebis promulgare ausus est, ut, quod quisque post Marium et Carbonem consules possideret, id eo jure teneret, quo quod optimo priuatum est? etiamne si ui deiecit? etiamne si clam, si precario uenit in possessionem?

Noch mehr aber scheint der herrschenden Ansicht die Einschränkung bezw. Beseitigung zu widerstreben, die dieses Vertreibungsrecht in späterer Zeit widerfuhr.[3]) Denn zunächst wurde der heimliche Besitzer so gut, wie der gewaltthätige und der Precarist, gegen bewaffnete Gewalt durch das Interdictum de ui armata[4]), später gegen jede Gewalt durch das Interdictum de ui geschützt[5]).

Die heimliche Besitzergreifung hat Dolus zu ihrer Vor-

1) Lex agraria vom Jahre 111 v. Chr. Zle 18; Cicero pro Tullio 44; Gai. 4, 154; Ed. Theod. c. 76.

2) Vgl. darüber oben § 59, No. III, 1, S. 871.

3) Vgl. oben § 68.

4) Gai. 4, 155.

5) § 6 de interdictis 4, 15.

ausſetzung: der Betreffende weiß recht gut, daß er fremden Beſitz betreten hat [1]). Daneben bleiben Fälle denkbar, wo jemand im Irrtum und in gutem Glauben ein verlaſſenes Grundſtück in Beſitz nimmt. Selbſt unter dieſer Vorausſetzung iſt die Möglichkeit einer Beſitzergreifung in Abrede genommen. So ganz entſchieden Bruns [2]):

„Indeſſen iſt es für den Beſitzer gleichgültig, ob der Occupant ſeines Beſitzes bona oder mala fide war, er will jedenfalls, und in beiden Fällen gleichmäßig, ſeinen Beſitz erhalten oder wiederhaben. Nimmt man das Princip der Fortdauer überhaupt einmal an, ſo iſt es conſequent und zweckmäßig, zwiſchen bona und mala fides keinen Unterſchied zu machen".

Wenn aber ſelbſt der heimliche Beſitz zugegeben werden muß, ſo darf die Möglichkeit gutgläubiger Beſitzerwerbung um ſo weniger einem Bedenken unterliegen.

Urſprünglich war heimlicher, wie gutgläubiger Beſitzerwerb eines leeren Grundſtückes ſelbſtverſtändlich, als noch jedes Verlaſſen Beſitzesverluſt zur Folge hatte. Als dann der unkörperliche Beſitz zum körperlichen hinzukam, iſt allerdings dieſer Satz durch die Mucianiſche Rechtsbildung beſchränkt worden. Dieſe Rechtsbildung betrifft aber nur die kurze Abweſenheit. Und ſelbſt hier bleibt für heimlichen Beſitzerwerb noch der Fall übrig, wo der Beſitzer umkehrt, ohne einen Vertreibungsverſuch zu unternehmen [3]).

Eine ſelbſtändige Stellung der herrſchenden Anſicht gegenüber hat bereits Meiſcheider [4]) angenommen. Er will die Fortdauer des Beſitzes, trotz Occupation des Grundſtückes durch einen andern, eingeſchränkt wiſſen einerſeits auf eine Abweſenheit, „wie ſie nach den Lebensverhältniſſen des Beſitzers dann und wann vorzukommen pflegt", andererſeits durch eine Ab-

1) fr. 6 pr. A. u. A. P. 41, 2.
2) Beſitzklagen, S. 139.
3) Vgl. oben § 61, No. 1.
4) Beſitz und Beſitzſchutz, S. 328.

weſenheit, „wie ſie durch die Lage des Grundſtücks im Verhältnis zum Wohnſitz des Beſitzers und die Art der Benutzung des Grundſtücks bedingt iſt". In letzterer Beziehung denkt er namentlich an die Weideplätze.

Damit ſind aber der herrſchenden Anſicht noch zu weit gehende Zugeſtändniſſe gemacht. Denn wer z. B. Sommerweiden im Herbſt verläßt, um im Frühjahr ſein Vieh wieder hinaufzutreiben, iſt kein mox reuertens [1]), ſondern ein lange Zeit Abweſender. Lediglich auf kurze und lange Abweſenheit haben wir aber nach den Quellen unſer Augenmerk zu richten.

Die rechtliche Behandlung, welche die Römer der langen Abweſenheit haben zu Teil werden laſſen, ſoll den Gegenſtand der nachfolgenden Unterſuchung bilden. Eine Unterart der langen Abweſenheit iſt die Vernachläſſigung des Grundſtückes [2]). Mit dieſer ſind einzelne beſondere Wirkungen verknüpft worden, die für ſich betrachtet werden müſſen. Bei der langen Abweſenheit als ſolcher haben wir dann wieder zu unterſcheiden zwiſchen vorjuſtinian'ſchem und Juſtinian'ſchem Rechte.

I. Die lange Abweſenheit als ſolche.

1. § 74. Das vorjuſtinian'ſche Recht.

Das Juliſch-Plautiſche Geſetz, welches die Uſucapion bei gewaltſam in Beſitz genommenen Grundſtücken ausſchloß [3]), iſt für die römiſche Wiſſenſchaft die Veranlaſſung geworden, ſich näher mit dem Begriffe der gewaltthätigen Beſitzergreifung zu beſchäftigen. Da nun die gewaltthätige Beſitzergreifung den Gegenſatz bildet zur Ergreifung leeren Beſitzes, weil Möglichkeit gewaltfreier Beſitzergreifung eine Vorausſetzung des leeren Beſitzes [4]), ſo berühren uns dieſe Feſtſtellungen der römiſchen Rechtsgelehrten unmittelbar: ich werde daher meinen Ausgangspunkt von dem oben erwähnten Geſetze nehmen.

---

1) fr. 1 § 24 de ui 43, 16.

2) Vgl. oben § 5.

3) Gai. 2, 45; § 2 de usuc. 2, 6, und dazu Theophilus.

4) Vgl. oben § 3.

Wie der leere Beſitz nur zu demjenigen Beſitz in Gegenſatz gedacht werden kann, welcher das Grundſtück in der Geſammtheit ſeiner Beziehungen umfaßt, und demnach bei Grunddienſtbarkeiten nicht denkbar iſt[1]; ſo hat auch die gewaltthätige Beſitzergreifung das Grundſtück in der Geſammtheit ſeiner Beziehungen zum Gegenſtande, und iſt demnach bei Grunddienſtbarkeiten ausgeſchloſſen.

Paulus fr. 4 § 26 de usurp. 41, 3.

Si uiam habeam per tuum fundum, et tu me ab ea ui expuleris, per longum tempus non utendo amittam uiam, quia nec possideri intellegitur ius incorporale, nec de uia quis, id est mero iure, detruditur.

Per longum tempus iſt interpoliert für biennio[2]).

Die Begründung, namentlich das quia nec de mero iure quis detruditur, läßt freilich zu wünſchen übrig: denn das Eigentum iſt auch ein merum ius, und doch kann einem Eigentümer gegenüber gar wohl eine gewaltſame Beſitzergreifung vorgenommen werden. Die Römer haben hier, wie anderswo, das abſtracte Eigentum mit der körperlichen Sache verwechſelt, welche Verwechslung namentlich recht deutlich bei ihrer Einteilung in res corporales und incorporales zu Tage tritt[3]).

Anlangend die Perſon des Angegriffenen, ſo iſt es für den Begriff der gewaltthätigen Beſitzergreifung einerlei: ob ſich die Gewalt gegen einen Berechtigten oder Unberechtigten wandte[4]). Daran änderte in ſpäterer Zeit ſelbſt der Umſtand nichts, wenn der Angreifer der Berechtigte war. Anderer Meinung freilich Unterholzner[5]); aber man vgl.

Paul. fr. 4 § 25 de usurp. 41, 3.

Si dominus fundi possessorem ui deiecerit, Cassius ait, non uideri in potestatem eius rediisse, quando interdicto Unde ui restituturus sit possessionem.

1) Vgl. oben § 2 a. E.
2) Vgl. Paul. Sent. 1, 17, 1.
3) Siehe z. B. Gai. 2, 14.
4) Paulus fr. 4 § 23—24 de usurp. 41, 3.
5) Verjährungslehre, Bd. 1, § 73, Anm. 251.

Unterholzner stützt sich auf eine Stelle, die Mommsen[1]) mit Recht als unecht gestrichen hat. Zudem gelangt Unterholzner zu seiner Ansicht erst mittelst argumentum a contrario. Allerdings wird der Berechtigte von Haus aus das Vertreibungsrecht gehabt haben; aber wir sehen doch aus obiger Stelle, daß bereits Cassius es ihm abspricht. So bietet sich uns allerdings folgende eigentümliche Entwicklung dar: einerseits unterliegt ein Eigentümer, der einen Besitzer vertreibt, dem Interdictum de ui; andererseits steht ihm das Interdictum de ui armata zu Gebote, wenn er hieran durch Waffengewalt verhindert wurde[2]). Und diese Entwicklung ist vielleicht geeignet, in uns Zweifel wach zu rufen, ob Cassius für seine Ansicht sofort ungeteilten Beifall fand. Man möchte meinen: ein Eigentümer, der nicht durch Waffengewalt verhindert werden darf, müßte sich durch einfache Gewalt seines Grundstückes bemächtigen dürfen. Paulus tritt jedoch für Cassius ein. Darnach erleidet der Satz, daß Rückkehr in die Gewalt des Berechtigten die Sache wiederum usucapionsfähig mache[3]), insofern eine Beschränkung, als diese Rückkehr nicht durch den Berechtigten gewaltsam herbeigeführt sein durfte.

Allemal mußte indes derjenige, der die Gewalt geübt hatte, von dem Grundstücke Besitz ergriffen haben, und gerade diesen wollte das Gesetz ursprünglich vor allen Dingen daran verhindern, daß er usucapierte. Als dann später der gute Glaube allgemeine Voraussetzung der Usucapion wurde, war der gewaltthätige Besitzergreifer schon hierdurch von der Usucapion ausgeschlossen, so daß das Julisch-Plautische Gesetz nur noch für den dritten gutgläubigen Erwerber von Bedeutung war[4]).

---

1) Große Pandektenausgabe, vol. II, pag. 518, in imo margine inferiore, 35.

2) Siehe oben § 60.

3) fr. 6 de ui bon. rapt. 47, 8; § 8 de usuc. 2, 6.

4) Vgl. Gai. 2, 49, der freilich die Sache so darstellt, als ob guter Glaube schon zu Zeiten der Zwölftafeln eine Voraussetzung der Usucapion gewesen sei.

Dieſen dritten Erwerber können wir uns als gutgläubig und bösgläubig vorſtellen. Beide ſind gleichmäßig von der Uſucapion ausgeſchloſſen. Beide ſtehen auch inſofern gleich da, als ſie vom alten Beſitzer nicht mit dem Interdictum de ui belangt werden können: denn ſie ſind es ja nicht geweſen, die ihn vertrieben.

Ulp. fr. 3 § 10 Uti possidetis 43, 17.

Non uideor ui possidere, qui ab eo, quem scirem ui in possessionem esse, fundum accipiam.

Der bösgläubige Erwerber kann auch dem alten Beſitzer gegenüber nicht einmal als heimlicher Beſitzer in Betracht kommen: denn dem letzten Beſitzer gegenüber hat er ja einen rechtmäßigen Titel für ſich, und das Verhältnis zum letzten Beſitzer iſt das entſcheidende.

In Bezug auf den Fruchterwerb ſteht allerdings der gutgläubige Erwerber beſſer da [1]).

So viel von dem Anwendungsgebiete des Juliſch-Plautiſchen Geſetzes. Ich wende mich jetzt zur nichtgewaltſamen Beſitzergreifung, und hier ſtoßen wir auf unſern leeren Beſitz.

Der leere Beſitz kann mit Beſitzesverluſt verbunden ſein oder nicht.

Mit Beſitzesverluſt iſt er verbunden, wenn derjenige, welcher den Beſitzer gewaltſam vertrieben hatte, ſelber von der Beſitzergreifung Abſtand nimmt. Bemächtigt ſich in dieſem Falle ein dritter der Sache, ſo hat er Beſitz an einer beſitzerloſen Sache erworben. Er ſteht demnach nicht da als ein gewaltthätiger Beſitzergreifer, und kann ſogar uſucapieren, wenn die ſonſtigen Vorausſetzungen, namentlich guter Glaube, vorhanden ſind.

Julianus fr. 33 § 2 de usurp. 41, 3.

quia lex Plautia et Julia ea demum uetuit longa possessione capi, quae ui possessa fuissent, non etiam ex quibus ui quis deiectus fuisset.

---

1) Paul. fr. 48 pr. A. R. D. 41, 1.

Ihm gegenüber kann ferner von Interdictum Unde ui keine Rede ſein[1]).

Ebenſo mußte hier das Vertreibungsrecht verſagen; und wenn der neue dem früheren Beſitzer den Zutritt verwehrte, ſo wurde ſein Beſitz dadurch keineswegs ein gewaltſam erworbener.

Paul. fr. 4 § 27 de usurp. 41, 3.

Item si occupaueris uacuam possessionem, deinde uenientem dominum prohibueris, non uideberis ui possedisse.

Beim uenientem dominum haben wir nicht an einen Eigentümer zu denken, der nie Beſitzer war, ſondern an einen geweſenen Beſitzer: hierauf weiſt uns die uacua possessio hin, wie ſie im § 22 ibidem näher geſchildert wird.

Dernburg[2]) nennt dieſe Auslegung des Geſetzes „äußerſt ſubtil". Allein die Römer haben in dieſem Falle doch nur das Verteidigungsrecht des gegenwärtigen Beſitzers von dem Begriffe „Gewaltthat" ausgeſchieden.

Jedoch unterlag der gegenwärtige Beſitzer dem Interdictum de ui armata, wenn er dem rechtmäßigen Eigentümer mit Waffengewalt entgegentrat[3]).

Lecrer Beſitz ohne Beſitzverluſt liegt vor im Falle der langen Abweſenheit. Hierauf beziehen ſich

Gai. libro secundo institutionum fr. 37 § 1 de usurp. 41, 3.

Fundi quoque alieni potest aliquis sine ui nancisci possessionem, quae uel ex neglegentia domini uacet, uel quia dominus sine successore decesserit, uel longo tempore afuerit.

Gai. libro secundo rerum cottidianarum siue aurearum. fr. 38 eodem.

---

1) Paul. fr. 4 § 22 de usurp. 41, 3, und dazu oben § 3.

2) Pand., Bd. 1, § 220, Anm. 14.

3) Cic. pro Caecina 8, 22; Ulp. fr. 3 § 8 de ui 43, 16 und dazu oben § 58 und § 60.

Quam rem ipse quidem non potest usucapere, quia intellegit alienum se possidere et ob id mala fide possidet. sed si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit is usucapere, quia neque ui possessum neque furtiuum possidet.

§ 7 de usucapionibus 2, 6.

si quis loci uacantis possessionem propter absentiam aut neglegentiam domini, aut quia sine suecessore decesserit, sine ui nanciscatur. qui quamuis ipse mala fide possidet, quia intellegit se alienum fundum occupasse, tamen, si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res adquiri, quia neque furtiuum neque ui possessum accepit.

Gai. 2, 51.

Fundi quoque alieni potest aliquis sine ui possessionem nancisci, quae uel ex neglegentia domini uacet, uel quia dominus sine successore decesserit uel longo tempore afuerit; nam si ad alium bona fide accipientem transtulerit, poterit usucapere possessor; et quamuis ipse qui uacantem possessionem nactus est, intellegat alienum esse fundum . . nihil omnino . . ad usucapionem nocetur.

Ich habe die drei Stellen absichtlich ausgeschrieben, weil uns hier eine Erscheinung entgegentritt, die für die Kritik der Veroneser Handschrift kein gleichgültiger Umstand sein dürfte.

Der § 51 der Veroneser Handschrift ist nämlich in den Pandekten auf zwei Fragmente verteilt, von denen das eine allerdings ebenfalls dem zweiten Buche der Gajanischen Institutionen, das andere aber dem zweiten Buche der res cottidianae entnommen ist. Den Justinian'schen Compilatoren können also keine Institutionen von Gajus vorgelegen haben, die diesen zweiten Satz schon enthielten: denn sonst hätte es keinen Sinn gehabt, wegen dieses Satzes die res cottidianae zur Hand zu nehmen.

Enthielten die Institutionen des Gajus diesen zweiten Satz aber nicht, und steht dieser zweite Satz gleichwohl in der Vero-

neser Handschrift: so können uns in dieser Handschrift nicht die reinen Institutionen des Gajus überliefert sein, sondern nur Institutionen, die bereits mit den res cottidianae verarbeitet waren. Für solche spätere Zusammenstellung spricht auch das nam, an dem schon Göschen Anstoß nahm, und das in den Zusammenhang nicht recht passen will: weshalb Krüger und Studemund wie Huschke, freilich willkürlich genug, dasselbe in quam umgewandelt haben. Wenn demnach Justinian in dem Einführungsgesetze zu seinen Institutionen [1]) uns versichert, es seien darin die Institutionen und res cottidianae des Gajus zusammengestellt; so war das nicht Ausführung eines neuen Gedankens, sondern Anlehnung an bisherige Zustände.

Und wenn nach dieser Richtung hin die Veroneser Handschrift nicht die reinen Institutionen des Gajus wiedergibt, so könnte sie ja auch wohl noch anderweitige fremde Bestandteile aufgenommen haben. Einen solchen spätern Zusatz enthält z. B.

Gai. 2, 126.

Et hoc iure utebamur, quasi nihil inter feminas et masculos interesset; set nuper imperator Antoninus significauit etc.

Denn der hier erwähnte Antoninus ist Caracalla [2]).

Näher kann ich freilich auf diesen Gegenstand hier nicht eingehen, und wende mich nunmehr zum sachlichen Inhalt der angeführten Stellen.

Ist der Besitzer lange Zeit abwesend, und bemächtigt sich währenddessen ein dritter des Grundstückes, so ist das Besitzergreifung ohne Gewalt, die also nicht unter das Julisch-Plautische Gesetz fällt. Aber doch immerhin Besitzergreifung. Es heißt ja ausdrücklich: fundi quoque alieni potest aliquis sine ui nancisci possessionem, quae .. uacet .. quia dominus .. longo tempore afuerit. Und bei diesem sine ui nancisci

1) c. Imperatoriam § 6: et praecipue ex commentariis Gai nostri tam institutionum quam rerum cottidianarum .. compositas.

2) Vgl. c. 4 § 1 de lib. praet. 6, 28.

possessionem ist selbstverständlich an wirklichen Besitz zu denken. Daran ist schon an sich kein Zweifel möglich; hier derselbe aber um so mehr ausgeschlossen, weil nur der fehlende gute Glaube als Hindernis der Ersitzung angeführt wird, der Besitz also vorhanden ist. Die herrschende Ansicht, daß es an Grundstücken in Fällen dieser Art nur gewaltsame Besitzergreifung gebe, ist reiner Mythos, von dem die Quellen nichts wissen.

Regelmäßig wird der Besitzergreifer darüber nicht im unklaren sein, daß er an dem Grundstücke keinen Besitz ergreifen durfte: dann liegt heimliche Besitzergreifung vor. Hier ist freilich dem Besitzergreifer selber die Ersitzung nicht möglich wegen seines bösen Glaubens; aber ein dritter kann doch Vorteil davon haben, daß die Sache nicht ersitzungsunfähig geworden [1]).

Die Quellen beschränken sich darauf, den regelmäßigen Fall in's Auge zu fassen. Ganz ausgeschlossen ist die Möglichkeit indes keineswegs, daß der Besitzergreifer in gutem Glauben handelte. Er hielt z. B. das Grundstück für derelinquiert [2]); oder von dem mit dem Ankaufe Beauftragten wurde ihm ein falsches Grundstück angewiesen [3]). In Fällen dieser Art — wo ausnahmsweise ein Putativtitel genügte, den die spätere Entwicklung im allgemeinen verwarf [4]) — kann schon der Besitzergreifer selber ersitzen, gerade so gut, wie in dem Falle, wo der Besitzer von einem andern vertrieben war, ohne daß dieser andere selber zugegriffen hatte [5]).

Im übrigen wäre über die rechtliche Lage solcher Besitzergreifer dies zu bemerken.

---

1) Durch Nov. 119 cap. 7 scheint hier freilich eine Aenderung herbeigeführt zu sein. Vgl. darüber Windscheid, Pand., Bd. 1[5], § 182, Anm. 8, und Dernburg, Pand., Bd. 1, § 220, Anm. 15.

2) fr. 4 pro derelicto 41, 7.

3) fr. 11 pro emptore 41, 4.

4) Siehe oben S. 104.

5) fr. 4 § 22 de usurp. 41, 3.

Der heimliche Beſitzergreifer konnte vom früheren Beſitzer vertrieben werden, jedoch war ihm der Gebrauch von Waffen unterſagt.

Andererſeits durfte der heimliche Beſitzergreifer ſich verteidigen, aber ebenfalls ohne Waffen einem Angriffe ohne Waffen gegenüber.

Gelang dem früheren Beſitzer der erſte Vertreibungsverſuch nicht, ſo konnte er ihn zwar zu jeder beliebigen Zeit wiederholen, aber ein auf Wiedererlangung des Beſitzes gerichtetes Rechtsmittel ſtand ihm nicht zur Seite.

Dem gutgläubigen Beſitzer gegenüber greift dagegen weder Vertreibungsrecht noch Rechtsmittel Platz.

II. Das Juſtinian'ſche Recht.

a. § 75. Erklärung von c. 11 Unde ui 8, 4.

Das vorjuſtinian'ſche Recht gewährte dem geweſenen Beſitzer, wenn während deſſen langer Abweſenheit eine heimliche Beſitzergreifung vorgenommen war, das Vertreibungsrecht, aber kein Rechtsmittel. Nach Juſtinian'ſchem Rechte iſt dieſes Vertreibungsrecht des geweſenen Beſitzers beſeitigt, ſo daß hier eine vollſtändige Lücke bleibt. Dieſe Lücke auszufüllen, war ein Geſetz beſtimmt, das uns jetzt näher beſchäftigen ſoll.

c. 11 Unde ui 8, 4 Kaiſer Juſtinian's vom 18. Oktober 532.

Cum quaerebatur inter Illyricianam aduocationem, quid fieri oporteret propter eos, qui uacuam possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt, quia ueteres leges nec unde ui interdictum nec quod ui aut clam uel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, uiolentia in ablatam possessionem minime praecedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes: nos non concedentes aliquem alienas res uel possessiones per suam auctoritatem usurpare sancimus talem possessorem ut praedonem intellegi et generali iu-

risdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra huiusmodi personas ueteribus declarata est legibus. ridiculum etenim est dicere uel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupauerit. § 1. Omnes autem scire debent, quod non suum est, hoc ad alios modis omnibus pertinere, cum talis dispositio in furti actione iam dudum ueteribus legibus definita est dicentibus: si quis alienam rem aduersus domini uoluntatem attigerit, furti actione tenetur. § 2. His uidelicet, quae super recipienda possessione a nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserunt curricula.

Im Schoße der beim praefectus praetorio per Illyricum immatrikulierten Advocaten[1]) war die Frage aufgetaucht: was mit ſolchen anzufangen ſei, die uacuam possessionem absentium ohne richterliches Urteil innehielten.

Die uacua possessio absentium weiſt ſchon an und für ſich auf längere Abweſenheit hin: denn im Falle einer kurzen Abweſenheit, ſolange noch gewaltthätige Vertreibung möglich, liegt keine uacua possessio vor. Das Merkmal der längeren Abweſenheit ergiebt ſich aber auch aus dem ganzen Zuſammenhange, inſonderheit aus der Berückſichtigung der dreißigjährigen Verjährung am Schluſſe der Stelle.

Der Beſitzesverluſt iſt eingetreten durch Beſitzergreifung ſeitens dritter[2]). Dies hätte angeſichts der Ausdrucksweiſen ‚ablatam possessionem' ‚alienas res uel possessiones per suam auctoritatem usurpare' ‚quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupauerit' nie beſtritten werden ſollen[3]).

Die Beſitzergreifung iſt keine gewaltthätige geweſen ‚uio-

1) Vgl. c. 17 pr. de adu. 2, 7; Nou. 162 pr.

2) So richtig Jhering, Grund des Beſitzesſchutzes[2], S. 120 flg.

3) Anderer Meinung Savigny, Recht des Beſitzes[7], S. 468, Anm. 1 und Windſcheid, Pand., Bd. 1[5], § 160, Anm. 1.

lentia in ablatam possessionem minime praecedente'; wohl aber eine heimliche, daher die Parallele mit der furti actio.

Bis zur Besitzergreifung sind die absentes Besitzer geblieben. Wir dürfen darunter aber nicht mit Ihering a. a. O. und Bruns[1]) bloß den mittelbaren „Besitz durch Stellvertreter, der von diesen verlassen ist", verstehen. Der Fall kommt zwar mit in Betracht, in erster Linie aber der, wo der Besitzer selber fortgegangen war.

Die Möglichkeit einer Dereliction wird gar nicht mitberücksichtigt, weil sie eben bei Grundstücken zu selten ist, und in gewöhnlichen Zeiten nicht vorzukommen pflegt.

Die Sachlage ist demnach folgende. An Grundstücken, die sich im Besitze längere Zeit Abwesender befinden, wird diesen der Besitz durch heimliche Besitzergreifung entzogen. Zur Wiedererlangung eines derartigen Besitzes soll es nach der Meinung der illyrischen Advocaten, denen Justinian durchaus zustimmt, nach dem bisherigen Rechte, keine andere Klage als eine in rem actio gegeben haben.

Diesen Satz, für den wir somit zweifache Gewährsmänner haben, und zwar Gewährsmänner, die das Recht ihrer Zeit kennen mußten, hat bisher vielen Anstoß erregt. Gleichwohl dürfen wir in die Richtigkeit eines so beglaubigten Satzes keine Zweifel setzen; es kann sich nur um dessen Erklärung handeln. In dieser Beziehung ist nun die Hauptsache schon gethan durch den Nachweis, daß längere Abwesenheit keineswegs einen Besitzesverlust zur Folge hatte. Prüfen wir jetzt noch die einzelnen Ausführungen der illyrischen Advocaten.

Das interdictum unde ui treffe nicht zu, sagen sie. Und hierauf bezieht sich vor allen Dingen die Begründung ‚uiolentia in ablatam possessionem minime praecedente'. Das noch unter den Begriff der Gewaltthat zu bringen, wenn etwa nach Jahr und Tag den Abwesenden der Eintritt in ihr Grundstück verwehrt worden wäre, wie dies heutzutage die herrschende Meinung will: hat den illyrischen Advocaten gänzlich ferne gelegen.

1) Besitzklagen, S. 131.

Auch mit dem Interdictum quod ui aut clam sei nichts zu machen, fahren sie fort. Nach Bruns[1]) paßt dieses Rechtsmittel, „so wie es in den Pandekten steht", gar nicht hierher. Sollte das wirklich richtig sein?

Das Interdictum quod ui aut clam dient doch ebenfalls der Wiederherstellung heimlich entzogenen Besitzes. Dies ist freilich ein Punkt, der bei den bisherigen Erörterungen dieses Interdictes gänzlich vernachlässigt zu sein scheint; deshalb gestatte man mir folgende Bemerkungen.

Wenn ein Nachbar die Abwesenheit des andern benutzt und bei einem Neubau, den er vornimmt, ein Stück Gartenland dieses andern Nachbarn mit Gebäuden besetzt, so hat damit der bauende Nachbar dieses Stück Gartenland doch zweifellos in Besitz genommen, andererseits gebührt dem benachteiligten Nachbarn ohne Zweifel das Interdictum quod ui aut clam[2]). Mit diesem Interdicte wird Wiederherstellung des bisherigen Zustandes erreicht, also die vorgenommene Besitzentziehung ebenfalls beseitigt.

Ulp. fr. 15 § 7 quod ui aut cl. 43, 24.

officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem iudicandum est, ut in omni causa eadem condicio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque ui neque clam factum esset.

Es entspricht also das Interdictum quod ui aut clam in dieser Beziehung ganz dem Interdictum de ui, von welchem derselbe Ulpian sagt:

fr. 1 § 31 de ui 43, 16.

pristina enim causa restitui debet, quam habiturus erat, si non fuisset deiectus.

Ich habe hier ein Beispiel gewählt, wo nur ein reeller Besitzesteil entzogen wurde; dasselbe kann aber auch bei ganzen Grundstücken vorkommen; z. B. die Villa oder Burgruine

1) Besitzklagen, S. 144, Anm. 1.

2) fr. 7 § 2, § 4; fr. 11 § 5 Quod ui aut clam; fr. 5 § 10 O. N. N. 39, 1; fr. 6 Quib. mod. ususfr. 7, 4.

eines abweſenden Beſitzers wird abgebrochen und in Ackerland verwandelt. Hier kann ebenfalls mit dem Interdictum quod ui aut clam die heimliche Beſitzesentziehung rückgängig gemacht werden [1]).

Regelmäßig wird ſich freilich in Fällen dieſer Art die Beſitzentziehung nur auf einen reellen Teil des Grundſtückes erſtrecken, und inſofern leidet der Satz, den wir bereits fanden, eine Beſchränkung: daß nämlich die heimliche Beſitzergreifung eines reellen Teiles an ſich nicht möglich ſei [2]). Sie iſt möglich, ſofern gleichzeitig die Vorausſetzungen des Interdictum quod ui aut clam vorliegen.

Die Wiederherſtellung entzogenen Beſitzes kann demnach ebenſo gut Aufgabe des Interdictum quod ui aut clam wie des Interdictum de ui ſein.

Dies wird ausdrücklich anerkannt von

Paul. fr. 15 de ui 43, 16.

Si ui me deieceris uel ui aut clam feceris, quamuis sine dolo et culpa amiseris possessionem, tamen damnandus es, quanti mea intersit, quia in eo ipso culpa tua praecessit, quod omnino ui deiecisti aut ui aut clam fecisti.

Unter dem ui aut clam facere kann hier nur ein ſolches heimliches Handeln, bezw. Handeln gegen Verbot, verſtanden werden, wodurch einem andern der Beſitz entzogen wurde. Und dieſe Beſitzentziehung wird auf gleicher Stufe mit der Beſitzentziehung behandelt, wie ſie im Falle einer gewaltthätigen Vertreibung vorliegt.

Die Stelle ſcheint bisher wenig beachtet zu ſein; Stölzel in ſeinem Werke „die Lehre von der operis noui nunciatio und dem interdictum quod ui aut clam" hat ſie gar nicht angeführt.

So weit vom Wege ab lag demnach der Gedanke der illyriſchen Advocaten gar nicht, wenn ſie auf das interdictum quod ui aut clam zurückgingen. Auch dieſes Interdict diente

1) fr. 7 § 9 Quod ui aut clam 43, 24.

2) Vgl. oben § 32 No. 4, S. 191 flg.

zur Wiederherstellung entzogenen Besitzes, und zwar heimlich entzogenen Besitzes. Das Handeln wider Verbot ist ebenfalls ein heimliches im weiteren Sinne [1]). Der Umstand, daß es gleichwohl in dem vorliegenden Falle nicht zu gebrauchen war, liegt in einer anderen Voraussetzung, nämlich der nachteiligen Veränderung [2]).

Die illyrischen Advocaten behaupteten drittens: es gäbe überhaupt keine Klage zur Wiedererlangung eines solchen Besitzes, abgesehen von der in rem actio.

Darin liegt einmal ausgesprochen, daß das interdictum uti possidetis einem derartigen Zwecke nicht diente [3]). In der That hat denn auch dieses Interdict nie recuperatorische Wirkung in dem Sinne gehabt, daß ein Nichtbesitzer es anstellen konnte gegen denjenigen, dessen Besitz dem Nichtbesitzer gegenüber ein fehlerhafter war [4]). Allerdings wenn derjenige, welcher als Besitzer die Sache körperlich innehatte, das interdictum uti possidetis gegen jemand gebrauchte, dem gegenüber sein Besitz ein fehlerhafter war, so mußte er diesem den Besitz herausgeben. Denn das interdictum uti possidetis war ein interdictum duplex, durch welches entschieden wurde: ob derjenige, welcher gegenwärtig die Sache hatte, den Besitz auch fernerhin behalten solle. So konnte zwar für einen beklagten Nichtbesitzer, nicht aber für einen klägerischen Nichtbesitzer recuperatorische Wirkung entstehen. Die Sache ist sehr streitig [5]), und ich muß hier darauf verzichten, meine Ansicht näher zu entwickeln. Nur die Bemerkung kann ich nicht unterdrücken:

---

1) Ulp. fr. 3 pr. de itinere actuque privato 43, 19 uba: nam qui prohibitus utitur, clam utitur. Ob uis in dieser Verbindung, wie Wendt, Faustrecht, S. 104, 105 meint, einmal die Gewaltthat mit umfaßt habe, mag hier dahingestellt bleiben.

2) Vgl. fr. 7 § 6, § 7; fr. 18 pr.; fr. 22 § 3; fr. 16 § 1 Quod ui aut clam, und dazu Stölzel a. a. O. S. 385 flg.

3) Siehe Bekker, Recht des Besitzes, S. 268.

4) Anderer Ansicht freilich neuerdings wieder Dernburg, Entwicklung und Begriff des jur. Bes. des röm. Rts., S. 33.

5) Siehe die Litteratur bei Windscheid, Pand., Bd. 1[5], § 159, Anm. 10.

daß ich auch in dieser Beziehung nicht den mindesten Grund habe, die Rechtskenntnisse der illyrischen Advocaten irgendwie anzuzweifeln.

In diesem Ausschluß einer jeden Klage außer der in rem actio liegt ferner eine Verneinung des Interdictums de clandestina possessione. Im Jahre 532 kann es ein solches Interdictum keinesfalls gegeben haben. Daß das Vorhandensein desselben zu Cicero's Zeiten höchst fraglich sei, davon ist schon die Rede gewesen [1]). Danach müßte denn dieses Interdictum in der Zeit zwischen Cicero und Justinian spurlos entstanden und spurlos wieder verschwunden sein. Das erregt schon an und für sich einigen Verdacht. Die einzige Stelle, auf welche man sich beruft — abgesehen von einer nichtssagenden Stelle Cicero's [2]) — ist

Ulp. fr. 7 § 5 Comm. diu. 10, 3.

Julianus scribit, si alter possessor prouocet, alter dicat eum ui possidere, non debere hoc iudicium dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum qui ui deiecit interdictum reddi. et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. sed et si clam dicatur possidere qui prouocat, dicendum esse ait cessare hoc iudicium: nam de clandestina possessione competere interdictum inquit.

Julian führt hier den Gedanken aus, daß eine Teilungsklage Gleichheit der Rechtsverhältnisse auf beiden Seiten zur Voraussetzung habe. Wenn einer den andern gewaltsam vertrieben hat, so kann er nachher nicht mit ihm teilen wollen: denn der andere ist ja in der Lage, die ganze Sache mit dem interdictum de ui zurückzufordern. Ebenso steht die Sache, wenn ein Precarist mit demjenigen teilen wollte, dem gegenüber sein Besitz ein precärer war. Dann wird nun dasselbe vom heimlichen Besitz behauptet, aber in einer Weise, die Verdacht erregt.

1) Siehe oben § 59, No. III, 1, b, S. 375.

2) de legg agraria contra Rullum 3, 3 § 11.

Zunächst fällt auf die subjective Färbung. Savigny[1]) giebt den Gedanken des Schlußsatzes — und ich glaube ganz richtig — so wieder:

„Ulpian nämlich sagt bei einer ganz andern Gelegenheit: „„Julian nimmt auch für die clandestina possessio ein eigenes Interdict an““; er selbst erklärt sich darüber nicht".

Wenn es aber wirklich ein eignes interdictum de clandestina possessione gegeben hätte, wie konnte dies auf der subjectiven Meinung eines einzelnen Rechtsgelehrten beruhen! Ein solches Interdict hätte doch öffentlich auf dem Markte angeschlagen sein müssen, mit schwarzer Schrift auf weißem Grunde, und nicht zu hoch, so daß es ein jeder lesen konnte.

Ferner beachte man den Satzbau. Der heimliche Besitz wird angereiht durch ‚sed et si', nicht wie der Precaristenbesitz einfach durch et si. Das weist darauf hin, daß es mit dem heimlichen Besitz nach der Ansicht Julian's eine andere Bewandtnis hatte. Und bei der Begründung heißt es bloß nam, beim Precaristenbesitz quia et. Beim heimlichen Besitz fehlt also das et. Das weist darauf hin, daß Julian für den heimlichen Besitz an eine andere Begründung gedacht haben muß.

Wenn aber Julian den heimlichen Besitz den andern beiden Besitzesarten gegenüberstellen und hier eine andere Begründung versuchen wollte, so kann er nicht so geschrieben haben, wie ihn die Compilatoren schreiben lassen: die Stelle ist einer Interpolation dringend verdächtig.

Was mag denn aber Julian gesagt haben?

Denken wir zunächst an die bewegliche Sache, so hätte von seinem Standpunkte aus folgende Begründung ganz gut gepaßt: nam de clandestina possessione in re mobili competere interdictum utrubi.

Aber das Interdictum de ui im Eingange weist uns auf Grundstücke hin. Diese mußte also Julian beim heimlichen

1) Recht des Besitzes[7], S. 455, 456.

Besitz mitberücksichtigen, wenn er sie nicht gar ausschließlich berücksichtigt haben sollte. In dieser Beziehung ist zu beachten, daß es Julian auf den Nachweis der Rechtsungleichheit ankommen mußte, und dieser konnte zu seiner Zeit durch folgende Bemerkung geführt werden: nam de clandestina possessione non quidem competere interdictum inquit, sed et eum, qui clam dicatur possidere ab aduersario, impune deici.

So möchte ich denn bei der in Frage stehenden Stelle lieber an eine Interpolation denken, als daß ich mich auf Grund derselben entschließen könnte, für die frühere Zeit ein eignes interdictum de clandestina possessione anzunehmen. Und das Interdictum de clandestina possessione, welches die Compilatoren hier einschieben, wird kein anderes sein, als das von Justinian durch c. 11 de ui, wenn auch nicht formell, so doch sachlich, eingeführte. Auf alle Fälle haben wir keinen Grund, die Behauptung der illyrischen Advocaten irgendwie anzuzweifeln, daß es zu ihrer Zeit wegen heimlicher Besitzesentziehung keinen Interdictenschutz gegeben habe.

Ueberhaupt keine Klage ad recipiendam talem possessionem außer der in rem actio soll statthaft gewesen sein. Damit ist auch die condictio possessionis verneint, die neuerdings von Bruns [1]) und Windscheid [2]) in weitem Umfange zugelassen wird, und worin beide Schriftsteller eine Ergänzung des Besitzesschutzes erblicken. Ich trage kein Bedenken, mich hier ebenfalls auf die Seite der illyrischen Advocaten zu stellen. Denn mag man über den Umfang dieser Klage denken, wie man will, jedenfalls wäre eine etwa zulässige condictio possessionis vom römischen Standpunkte aus keine Klage ad recipiendam possessionem gewesen: da das Urteil hier noch nach Justinian'schem Rechte auf Geld lautete, und ein Zwang zur Herausgabe, wie er bei Interdicten und der rei uindicatio stattfand [3]), somit ausgeschlossen war [4]). In dieser Beziehung träfe demnach noch

1) Besitzklagen, S. 185 flg.
2) Pandekten, Bd. 1[5], § 161.
3) fr. 68 R. V. 6, 1.
4) Mora, Bd. 2, S. 441 flg.

für die Justinian'sche Zeit zu, was Cicero[1]) einer andern Klage gegenüber bemerkt: non solum egeris, uerum etiam condemnaris licet: numquid magis possidebis?

Die illyrischen Advocaten sprechen von solchen, qui uacuam possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt. Bei diesem richterlichen Erkenntnis wird an das Abwesenheitsverfahren zu denken sein, das gegen abwesende Besitzer von solchen, die Eigentümer zu sein behaupteten, unter Umständen eingeleitet werden konnte. Zwar galt der Grundsatz, daß der Beklagte bei actiones in rem nicht nötig hatte, sich zu verteidigen[2]); aber seine Nichtverteidigung hatte die Wirkung, daß der Besitz auf den Kläger übertragen wurde[3]), und ihm demgemäß bei einem künftigen Eigentumsstreite die Klägerrolle zufiel[4]).

Gegen diejenigen, welche heimlicherweise den Besitz Abwesender sich verschafften, gab es, wie wir gesehen haben, zur Wiedererlangung des Besitzes keine andere Klage, als die in rem actio. Ihre Lage war also processualisch ganz die nämliche, wie bei denen, welche ein weitläufiges Abwesenheitsverfahren durchgemacht hatten. Daß hier eine auszufüllende Lücke vorhanden war, mußte durch diesen von den illyrischen Advocaten geschickt angedeuteten Gegensatz um so einleuchtender werden.

Die Ausfüllung dieser Lücke geschah von Justinian formell in der Weise, daß er das Interdictum de ui verallgemeinerte (generali iurisdictione); rein sachlich betrachtet ist aber von Justinian ein neuer Schutz für heimliche Besitzesentziehung eingeführt worden.

---

1) pro Caecina 12, 35.

2) fr. 156 pr. R. J. 50, 17. Inuitus nemo rem cogitur defendere.

3) fr. 80 R. V. 6, 1. transferat ad se possessionem per iudicem.

4) c. 2 § 1 Ubi in rem actio 3, 19. omni adlegatione absenti de principali quaestione seruata.

b. § 76. Folgerungen.

Das vorjustinian'sche Recht gewährte dem lange Zeit Abwesenden heimlicher Besitzergreifung gegenüber das Vertreibungsrecht, aber kein Rechtsmittel. Das Justinian'sche Recht hat das Vertreibungsrecht beseitigt, aber ein Rechtsmittel eingeführt. Diese neue Rechtsbildung soll in Bezug auf ihre Tragweite jetzt noch einer näheren Prüfung unterzogen werden.

1. Justinian macht einen solchen heimlichen Besitzergreifer durch Fiction zu einem praedo, um ihn als praedo haften zu lassen. Solche Fictionen dürfen wir nicht weiter ausdehnen, als der Wille des Gesetzgebers reicht. Weil die heimliche Besitzentziehung in einer Hinsicht der gewaltthätigen formell gleichgestellt worden, können andere Bestimmungen, welche von der gewaltthätigen Besitzentziehung gelten, nicht ohne weiteres auf die heimliche übertragen werden[1]). So ist z. B. nach Pandektenrecht eine Ersitzung heimlich erworbener Grundstücke möglich, wenn solcher Besitz auf einen andern, der sich im guten Glauben befindet, übertragen wird. Die Aufnahme von fr. 4 § 27 und fr. 37 § 1 de usurp. 41, 3, sowie von § 7 de usuc. 2, 6, sofern sich diese Stellen auf Abwesenheit beziehen, in die Justinian'sche Compilation hat demnach neben der c. 11 Unde ui ihren sehr guten Sinn. Eine andere Frage ist freilich: inwiefern hier durch Nou. 119 cap. 7 eine Aenderung herbeigeführt worden[2]).

2. Das neue Rechtsmittel trifft nur den heimlichen Besitzerwerber. Dem gutgläubigen Besitzerwerber gegenüber hat der gewesene Besitzer nach Justinian'schem Rechte keine auf Wiedererlangung des Besitzes gerichtete Besitzesklage. Daran darf uns auch nicht irre machen die Wendung in c. 11 Unde ui 8, 4:

ridiculum etenim est dicere uel audire, quod per igno-

---

1) Dies scheint sich Meischeider, Besitz, S. 466, nicht klar gemacht zu haben.

2) Vgl. oben § 74, S. 462, Anm. 1.

rantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupauerit.

Jhering [1]) und Bruns [2]) leiten hieraus freilich her: daß die Verpflichtung zur Zurückgabe des Besitzes auch beim Irrtum des Occupanten Platz greife.

Allein einmal handelt es sich hier nur um eine Motivierung, die jedenfalls nicht in erster Linie maßgebend ist.

Ferner ist es gar nicht immer lächerlich, wenn jemand fremden Besitz als eignen in Anspruch nimmt. Die ganze Lehre vom gutgläubigen Besitz steht hiermit in Widerspruch. Dies ist nur dann lächerlich: wenn die Umstände die desfallsige Behauptung Lügen strafen, wenn die Heimlichkeit der Besitzergreifung aus den Umständen klar hervorgeht. Z. B. ein Handwerksbursche ergreift in Abwesenheit eines Gutsbesitzers von dessen Gute Besitz, und behauptet nachher, er hätte geglaubt, das Gut gehöre ihm.

Jedenfalls läßt dieses ridiculum noch für andere Irrtümer Raum. Z. B. jemand ergreift Besitz vom Grundstücke des A, das er für das Grundstück des B hielt.

Endlich bemerkt Justinian ausdrücklich: daß den Schutz, welchen er hier für Grundstücke neu einführe, die furti actio längst bei beweglichen Sachen gewährt habe.

cum talis dispositio in furti actione iam dudum ueteribus legibus definita est.

Das Furtum hat aber bekanntlich Dolus zu seiner Voraussetzung.

Uebrigens wird bei dieser Vergleichung in Gemäßheit von fr. 93 de furtis 47, 2 mehr an das criminaliter agi und extraordinaria animaduersione coercendam, verbunden mit Wiederabnahme der gestohlenen Sache, als das ciuiliter agere zu denken sein.

Wenn Jhering und Bruns außerdem geltend machen, daß der Besitzesschutz Occupationen aus Irrtum gegenüber ein

1) Grund des Besitzesschutzes², S. 112 flg.
2) Besitzklagen, S. 139.

praktisches Bedürfnis sei; so wäre das höchstens ein Motiv für den Gesetzgeber. Ich glaube aber kaum, daß das Fehlen eines derartigen Besitzesschutzes von einem heutigen Praktiker als Lücke empfunden würde.

Sodann beruft sich Ihering noch auf c. 5 Unde ui 8, 4.

Inuasor locorum poena teneatur legitima, si tamen ui loca eundem inuasisse constiterit. nam si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sine poena possessio restitui debet.

Ursprünglich war diese Stelle Teil eines größeren Gesetzes, der c. 1 C. Th. Fin. reg. 2, 26 [1]). Justinian hat dieses Constantin'sche Gesetz in zwei Teile zerlegt: der eine erscheint hier als c. 3 Fin. reg. 3, 39, der Schluß ist dem Titel Unde ui als c. 5 einverleibt.

Im Sinne Constantin's bezieht sich demnach possessio restitui auf die Grenzregulierungsklage. Justinian hat nun allerdings obige Stelle aus ihrem eigentlichen Zusammenhange gerissen. Das ist meines Erachtens nur geschehen, um im Titel Unde ui darauf aufmerksam zu machen: daß, wo keine Gewalt vorliegt, auch von einer Bestrafung derselben keine Rede sein kann.

Schwerlich dachte Justinian daran, auf diese Weise ein ganz neues auf Wiedererlangung des Besitzes gerichtetes Rechtsmittel einzuführen. Und wir haben keineswegs nötig, obige c. 5 so zu verstehen. Denn einenteils steht nichts im Wege, das possessio restitui, nach wie vor, zur finium regundorum actio in Beziehung zu setzen. Andererseits weist der dominus eher auf Eigentum, als Besitz hin. Endlich handelt es sich hier um einen ganz andern Irrtum, als Ihering im Sinne hat, da domini zu errorem ergänzt werden muß [2]).

3. Justinian gewährt das Interdictum de ui gegen den heimlichen Besitzergreifer, indem er diesen als praedo behandelt. Das ist fictionsartige Darstellung, die uns nicht abhalten darf,

1) Vgl. dazu Gothofred, tom. 1, pag. 229 seqq.
2) Bruns, Besitzklagen, S. 95.

für das wirklich vorliegende Sachverhältnis den richtigen Ausdruck zu finden. In Wahrheit hat aber Justinian neben dem Interdictum Unde ui ein neues Rechtsmittel geschaffen, das die Wiedererlangung des heimlich ergriffenen Besitzes zum Gegenstande hat. Und dieses Rechtsmittel haben bereits die Compilatoren in fr. 7 § 5 Comm. diu. 10, 3[1]) in seiner nackten Gestalt hervortreten lassen.

4. Unter den Abwesenden der c. 11 wird Justinian sich solche vorgestellt haben, die sich nicht bloß von ihrem Grundstücke, sondern auch von dem Orte, wo das Grundstück lag, entfernt hatten. Wenn aber in einem Falle Schutz gegen heimliche Besitzentziehung gewährt wird, kann er im andern Falle nicht versagt sein. Wir werden also dieses Rechtsmittel wegen heimlich entzogenen Besitzes z. B. auch in folgendem Falle zur Anwendung bringen können. Jemand kauft sich vor den Thoren der Stadt, in welcher er wohnt, ein Ackergrundstück, das er dermaleinst als Bauplatz zu verwerten gedenkt, und um das er sich zunächst nicht weiter bekümmert. Als er sich dann aber einmal nach seinem Grundstücke umsieht, findet er dasselbe von einem dritten in Besitz genommen. Hier muß ebenfalls das Justinian'sche Rechtsmittel zulässig sein.

5. Wir sahen früher[2]): die kurze Abwesenheit findet ihren naturgemäßen Abschluß in der Rückkehr, bezw. dem Rückkehrsversuche des Besitzers; kehrt der Besitzer gar nicht wieder oder bleibt er lange Zeit aus, so kommen nicht die Grundsätze der kurzen, sondern der langen Abwesenheit zur Anwendung.

Nun kann es ja sein: daß gleich, nachdem der Besitzer sich entfernte, eine heimliche Besitzergreifung stattfand, und daß dieser sodann längere Zeit fortblieb. Also die Besitzergreifung fand nach kurzer Abwesenheit statt, die sich dann aber in eine lange verwandelte. Es dürfte nichts im Wege stehen, auch diesen Fall dem Justinian'schen Rechtsmittel unterzuordnen.

6. Es hängt von der Willkür eines jeden Besitzers ab, eine kurze Abwesenheit in eine lange zu verwandeln. Wer

1) Vgl. zu dieser Stelle oben § 75, S. 471.

2) Siehe § 57 i. A. S. 359.

dieses thut, erwirbt sich damit das Justinian'sche Rechtsmittel. Dies thut auch der, welcher umkehrt, ohne einen Vertreibungsversuch zu unternehmen. Hier versagte nach vorjustinian'schem Rechte das Interdictum de ui [1]); auch diese Lücke können wir jetzt mit dem neuen Justinian'schen Rechtsmittel ausfüllen.

7. Der Besitz geht ebenso gut dann verloren, wenn ein Vertreter des Besitzers, z. B. ein Pächter, umkehrt, ohne einen Vertreibungsversuch zu unternehmen [2]). Hier werden wir dem Besitzer auf dieselbe Weise zu Hülfe kommen können.

8. Das Justinian'sche Rechtsmittel wird demjenigen gegeben, welcher lange Zeit abwesend war; um so mehr muß es demjenigen zustehen, welcher nur kurze Zeit sich von seinem Grundstücke entfernte. Wir brauchen also in dieser Beziehung die Mucianische Künstelei gar nicht mehr, sondern reichen vollständig mit folgenden Sätzen aus.

Nach Justinian'schem Rechte giebt es ein auf Wiedererlangung des Besitzes gerichtetes Rechtsmittel nicht bloß im Falle gewaltthätiger, sondern auch im Falle heimlicher Besitzentziehung.

9. Im übrigen wäre zu bedenken, daß die Rechtsbildung des Mucius für das Justinian'sche Recht noch nach andern Seiten hin Bedeutung hat: vor allen Dingen verschafft sie dem Zurückkehrenden das Vertreibungsrecht und verhindert die Unterbrechung einer laufenden Ersitzung. Will man sich in dieser Beziehung ebenfalls von der Mucianischen Künstelei frei machen, so könnte man die Sache etwa so ausdrücken: das Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers steht nach Justinian'schem Rechte nur noch dem nach kurzer Zeit zurückkehrenden zu; die Ersitzung läuft fort, wenn auch der Besitz auf kurze Zeit nicht vorhanden war.

Außerdem führt die Auffassung des Mucius zu dem Satze: daß der Eindringling als Nichtbesitzer niemanden gegenüber Besitzesschutz hat, und von jedem beliebigen dritten verjagt

1) Siehe oben § 61, No. 1, S. 385.
2) Vgl. oben § 69 No. II, 1, S. 443.

werden kann [1]). Hier tritt recht deutlich die Künstelei zu Tage. Ein solcher Eindringling steht also schlechter als der fur da. Wäre man der heimlichen Besitzentziehung geradewegs entgegengetreten, so würde man diese Besonderheit schwerlich ausgebildet haben.

II. § 77. Vernachlässigung des Grundstückes.

Vernachlässigung des Grundstückes kommt hier in Betracht als Unterart der langen Abwesenheit. Mit langer Abwesenheit pflegt regelmäßig Vernachlässigung des Grundstückes verbunden zu sein: dies der eine Grund, weshalb die Römer die Vernachlässigung besonders hervorheben [2]). Dann ist aber auch die Vernachlässigung mit einzelnen besonderen Wirkungen ausgestattet worden.

Die desfallsigen Rechtssätze gehören teils dem vorjustinian'schen, teils dem Justinian'schen Rechte an. Einzelne Vorschriften sind rein localer Natur; und localrechtliche Bestimmungen dieser Art kennt das heutige Recht ebenfalls.

I. Das vorjustinian'sche Recht.

1. Auf das durch Brandstätten und Einsturz entstellte Rom bezieht sich

Sueton. Vesp. 8.

Deformis urbs ueteribus incendiis ac ruinis erat: uacuas areas occupare et aedificare, si possessores cessarent, cuicumque permisit.

Unter den uacuae areae haben wir die von den rechtmäßigen Besitzern verlassenen Hausruinen, die gleich als Bauplätze bezeichnet werden, zu verstehen. Daß diese Besitzer von Rom abwesend waren, wird keineswegs vorausgesetzt; vielmehr mag der Kaiser die in Rom anwesenden Besitzer vorzugsweise haben treffen wollen.

Beachtung verdient ferner cuicumque permisit „wem auch

1) Vgl. oben § 70, No. 5, S. 447.
2) Vgl. oben § 5.

nur immer erlaubte er". Die natürlichste Erklärung dürfte die sein, daß der Kaiser hier nicht der Allgemeinheit als solcher, sondern den Einzelnen aus der Allgemeinheit gegenübergestellt wird.

Vespasian erließ kein allgemeines Gesetz, daß jeder zugreifen könne; sondern jedem, der ihn darum anging, gestattete er die Occupation und Bebauung, falls die rechtmäßigen Besitzer noch länger säumig sein sollten. Es handelt sich hier also um Erteilung von Privilegien.

Auf diese Weise erhalten wir auch für die Bedingung ‚si possessores cessarent' einen sinnigeren Inhalt. In einem allgemeinen Gesetze hätte es nicht füglich heißen können: wenn die Besitzer säumig sind, soll jeder zugreifen können — es hätte vielmehr eine bestimmte Frist gesetzt werden müssen. Vom Standpunkte des Privilegs aus bedeutet dagegen die Bedingung: bevor der Kaiser dem dritten die Bauerlaubnis erteilt, sollen die bisherigen Besitzer aufgefordert werden, ob sie nicht selber bauen wollen.

2. In Bezug auf unbebaute Ländereien, mochten sie überall noch nicht angebaut, oder deren Anbauung nur wieder unterlassen sein, mochten sie dem Kaiser oder einem Privatmann gehören, verfügte Pertinax: daß jeder sie occupieren und bebauen könne.

Herodiani ab excessu diui Marci 2, 4 § 6.

πρῶτον μὲν γὰρ πᾶσαν τὴν κατ᾽Ἰταλίαν καὶ ἐν τοῖς λοιποῖς ἔθνεσιν ἀγεώργητόν τε καὶ παντάπασιν οὖσαν ἀργὸν ἐπέτρεψεν, ὁπόσην τις βούλεται καὶ δύναται, εἰ καὶ βασιλέως κτῆμα εἴη, καταλαμβάνειν, ἐπιμεληθέντι τε καὶ γεωργήσαντι δεσπότῃ εἶναι.

Auch hier haben wir wohl beim *ἐπέτρεψεν, ὁπόσην τις βούλεται καὶ δύναται* (sc. *γῆν*) — — *καταλαμβάνειν*, ein desfallsiges Gesuch vorauszusetzen.

II. Das Justinian'sche Recht.

1. Nach Justinian'schem Rechte muß es Localstatuten gegeben haben, welche beim Einsturze von Häusern die Gemeinde

unter Umständen berechtigten, den Bauplatz zu verkaufen. Hierauf bezieht sich

c. 4 de iure reipublicae 11, 30 Impp. Diocletianus et Maximianus.

Si secundum legem ciuitatis respublica, cuius meministi, ruina collapsis aedificiis tuis distraxit aream, nihil contra huius legis tenorem rector prouinciae fieri patietur.

2. Ein Gesetz allgemeineren Inhalts liegt vor in

c. 8 de omni agro deserto 11, 59. Impp. Valentinianus Theodosius et Arcadius A. A. A. Tatiano P. P. Orientis. a. 388—392.

Qui agros domino cessante desertos uel longe positos uel in finitimis ad priuatum pariter publicumque compendium excolere festinat, uoluntati suae nostrum nouerit adesse responsum: ita tamen, ut, si uacanti ac destituto solo nouus cultor insederit, ac uetus dominus intra biennium eadem ad suum ius uoluerit reuocare, restitutis primitus quae expensa constiterit facultatem loci proprii consequatur. nam si biennii fuerit tempus emensum, omni possessionis et dominii carebit iure qui siluit.

Die Stelle bezieht sich auf freie Grundeigentümer[1]), welche ihre Ländereien, sei es wegen zu großer Entfernung, oder weil sie an der Grenze lagen, nicht bebaut hatten.

Die Kaiser verfügen in Bezug auf solche Ländereien, daß jeder im eignen und öffentlichen Interesse sie occupieren und bebauen dürfe.

Diese Bestimmung pflegt man allgemein so zu verstehen, als ob jeder beliebige ohne weiteres zugreifen dürfe. Allein hier befinden wir uns nun ganz sicher auf dem Boden des Privilegs. Denn die Antwort, von der hier die Rede, setzt notwendigerweise eine voraufgehende Anfrage voraus. Die Kaiser stellen also nur in Aussicht, daß sie eine derartige Oc-

1) Vgl. Guyet, Arch. f. die civ. Prax., Bd. 17, S. 52 flg.

cupation genehmigen wollen, wenn sie darum angegangen würden.

Das öffentliche Interesse, publicum compendium, scheint darauf hinzuweisen, daß der Staat nur dann Anspruch auf die Grundsteuern hatte, wenn die Ländereien wirklich bebaut wurden [1]).

Innerhalb zweier Jahre, von der Occupation an gerechnet, soll dem alten Eigentümer gegen Erstattung der Verwendungen ein Wiedereinlösungsrecht zustehen. Dieses Wiedereinlösungsrecht wird geltend gemacht sein durch die rei uindicatio, die dem alten Eigentümer facultatem loci proprii d. h. den Besitz wieder verschaffte.

Das ist insofern bemerkenswert, als dabei eine rei uindicatio vorausgesetzt werden muß, wo das restituere schon unmittelbar erzwungen werden konnte. Und daß sich diese Entwicklung gegen Ende des vierten Jahrhunderts bereits vollzogen hatte, darauf weisen auch andere Spuren hin. So ist z. B. in c. 5 C. J. Quor. app. 7, 65 = c. 25 C. Th. eodem 11, 36 vom Jahre 378 gelegentlich eines restituere von einer de possessione uel fundis exsecutio die Rede [2]). Ferner wird es kaum auf Zufall beruhen, daß gerade um diese Zeit, nämlich im Jahre 385, das forum rei sitae neu eingeführt wurde [3]).

Nach Ablauf von zwei Jahren soll dies Eigentum verloren, und ebensowenig kann dann von Wiedererlangung des Besitzes die Rede sein: omni possessionis et dominii carebit iure qui siluit.

Das Verhältnis dieser Stelle zur c. ult. Unde ui, welches Meischeider [4]) Schwierigkeiten zu bereiten scheint, haben wir uns so zu denken.

---

1) Vgl. Huschke, Census und Steuerverfassung, S. 140. Anderer Meinung freilich Matthias, Römische Grundsteuer, S. 28.

2) Vgl. Mora, Bd. 2, S. 456.

3) c. 3 Ubi in rem 8, 19.

4) Besitz, S. 466.

Nimmt jemand ohne weiteres von einem unbebauten Lande Besitz, so kann er als heimlicher Besitzer mit dem von Justinian erweiterten Interdictum unde ui zur Herausgabe angehalten werden. Auf Ersatz der Verwendungen hat er allgemeinen Grundsätzen zufolge nur Anspruch, sofern sie notwendig waren; im übrigen muß er sich mit dem Rechte der Wiederwegnahme begnügen [1]). Wer dagegen zu einer derartigen Occupation die kaiserliche Genehmigung eingeholt hätte, ist im Sinne des römischen Rechtes gar kein heimlicher Besitzer [2]). Hier ist der Eigentümer auf die rei uindicatio beschränkt, die ihm aber auch nur während zweier Jahre zusteht, und der gegenüber die Verwendungen mittelst Einrede geltend gemacht werden können.

III. Das heutige Recht.

Dem heutigen Recht fehlt es ebenfalls nicht an Bestimmungen über Vernachlässigung von Grundstücken; ich erinnere nur an die Grabstellen.

Das römische Recht erklärte die benutzte Grabstelle für einen locus religiosus [3]) und entzog dieselbe damit dem weltlichen Verkehr.

In der christlichen Kirche wurden die neben der Kirche belegenen Kirchhöfe als Zubehör der Kirche, also als Kircheneigentum, aufgefaßt [4]).

Diese Zubehöreigenschaft wurde den Kirchhöfen mit deren Verlegung entzogen. Solche entfernt von der Kirche angelegten Begräbnisplätze können zwar noch im Eigentum der Kirche stehen; häufig gehören sie aber der weltlichen Gemeinde [5]).

---

1) Vgl. z. B. c. 5 § 1 R. V. 3, 32.

2) Ulp. fr. 6 A. u. A. P. 41, 2. uba: nec quemquam clam possidere incipere, qui . . aliqua ratione bonae fidei possessionem nanciscitur.

3) Gai. 2, 6.

4) Meurer, Begriff und Eigentümer der heiligen Sachen, Bd. 2, S. 24.

5) Meurer a. a. O. S. 26; Böhlau, Mecklenb. Landrecht, Bd. 3, S. 78.

Die weltliche Gemeinde pflegt dann die einzelnen Grabstellen zu verkaufen und zu Eigentum zu übertragen.

Dieses Eigentum an Grabstellen ist bisher wenig erörtert worden. Ich beschränke mich darauf, einen Punkt besonders hervorzuheben.

Wo derartige Einrichtungen bestehen, pflegt eine Erbschaft ohne Grabstelle — sine sacris hereditas [1]) — kaum vorzukommen. Was wird aus dem Eigentum an solchen Grabstellen?

Da ein derartiges Eigentum keinen Nutzen abwirft, sondern nur Kosten verursacht, kommt es nicht selten vor, daß die Erben, Erbeserben u. s. w. sich um dasselbe nicht mehr kümmern. Eine solche Vernachlässigung muß aber ihre Grenze haben. Und hier greifen nun locale Satzungen in verschiedenartigster Weise ein, indem sie die näheren Voraussetzungen angeben: wann das Eigentum an einer solchen vernachlässigten Grabstelle wiederum der Gemeinde verfallen ist. In Wismar tritt dieses z. B. ein: wenn zwanzig Jahre seit dem Tode des zuletzt begrabenen Eigentümers verflossen sind, ohne daß der neue Eigentümer die Umschrift im Grabbuch auf seinen Namen nachgesucht hat [2]).

---

1) Plautus Capt. 771; Trin. 484.

2) Revidierte Wismar'sche Gottesacker-Ordnung vom 17. Juni 1883 § 11.

Stellen-Verzeichnis.

Seite

Basilica.

13, 1 § 13 No. 3 Sch. . . 147
16, 1 § 4 Sch. 239
20, 1 § 85 268
50, 2 § 17 172
§ 24 . . . . 122, 123
60, 17 § 7 Sch. 52
§ 27 . . . . . 373 flg.

Brachylogus.

Lib. 4 tit. 28 § 2 u. 3 . . . 438

Boëthius.

Cic. top. 4, 10, 41 246

Cassiodorius.

Variae
1, 15 u. 18 423
3, 14 423
3, 20 418
4, 17 423
4, 39 418
4, 44 . . . . . 418 flg.
5, 12 419
8, 27 423
8, 28 . . . . . 419 flg.
9, 18 . . . . . 420 flg.

Caesar.

de bello ciuili 3, 112 § 9 . 4

Cicero.

pro Caecina
8 § 22 . . . . 360, 460
8 § 23 364
12 § 35 . . . 362 flg., 473
13 § 36 365

Seite

pro Caecina
15 § 42 53
16 § 45 54
17 § 49 . . . . . 49, 55
20 § 57 213
31 § 91 361
32 § 94 98
ad fam. 7, 13 . . . . 371 flg.
pro Flacco 21 § 51 . . . 246
de lege agraria 3, 3 § 11 314, 375, 454, 470
de inuentione 1, 29 § 44 u. 45 19
de officiis
1, 17 § 21 . . . . 11, 20
3, 31 § 111 364
de oratore 3, 31 § 122 . . 3, 4
or. Phil. 2, 37 § 96 . . . 402
pro Sex. Roscio 9 § 26 . . 11
pro Tullio
17 . . . . . 11, 171
44 454
46 361

Codex Iustinianus.

2, 7 de adu. c. 17 pr. . . 465
3, 6 Qui legitimam c. 3 420, 428
3, 19 Ubi in rem actio
c. 2 § 1 473
c. 3 482
3, 32 R. V.
c. 5 § 1 482
c. 24 104
3, 33 de usufructu c. 8 . . 274
3, 39 Fin. reg.
c. 3 476
c. 4 . . . . . 424, 436

Seite

4, 2 Si certum petatur c. 4 . 230
4, 19 de prob. c. 12 . . . 11
4, 21 de fide instr. c. 12 . . 9
4, 27 Per quas personas
c. 1 232
c. 3 . . . . . 225, 229 flg.
4, 35 Mand. c. 9 232
4, 38 C. E. c. 12 pr. . . 11, 170
4, 44 de resc. uend. c. 2 . . 13
4, 49 A. E. V. c. 8 9
4, 54 de pact. int. empt. c. 3 252
4, 65 de loc. et cond.
c. 3 348
c. 20 321
c. 23 234, 260, 267 flg., 321 flg.
c. 25 . . . 118, 268, 322
c. 33 . . . . . 272, 396
5, 3 de don. ante nupt. c. 8 u. 12 9
5, 16 de don. i. u. et ux. c. 23 9
6, 1 de bonis quae liberis c. 8
§ 4e 135
6, 28 de lib. praet. c. 4 § 1 . 462
6, 30 de iure delib. c. 22 § 13a 430
6, 37 de leg. c. 26 240
7, 16 de lib. causa
c. 14 151
c. 21 150
7, 30 Comm. de usucap. c. 1 274
7, 32 A. et R. P.
c. 1 217, 220, 222 flg., 225 flg.
c. 2 . . . . . 11, 26, 27
c. 3 . . . . . 12, 39
c. 4 . 31, 32, 40, 60, 62, 113, 115, 116, 123
c. 5 . . . . . 272 flg., 279
c. 7 . . . . . 9, 110, 170
c. 8 220
c. 10 316
c. 12 pr. 38 flg., 99, 101, 103, 112, 114
7, 33 de praesc. longi temp.
c. 2 u. 6 u. 9 273
7, 34 In quib. caus. c. 1 . 272 flg.
7, 39 de praesc. XXX uel XXXX ann.
c. 2 . . . . . 274 flg.
c. 7 § 7 276
7, 65 Quor. app. c. 5 . . . 432
7, 72 de bon. auct. c. 8 . . 274
8, 1 de interdictis c 3 . . 428
8, 4 Unde ui
c. 1 . . . . . 434, 441
c. 2 428

Seite

8, 4 Unde ui
c. 4 . . . 64, 396, 428, 437
c. 5 . . . . . 475 flg.
c. 7 . . . 394, 399, 435 flg.
c. 10 . . . . . 272, 396
c. 11 pr. § 1 14
c. 11 . . . . 431, 464 flg.
8, 9 de precario et Saluiano int. 282
8, 21 de pign. praet. c. 2 . 17
8, 27 de distr. pign. c. 13 . 9
8, 35 de exc. c. 5 371
8, 53 de don.
c. 28 u. 35 § 5 . . . 329 flg.
8, 54 de don. quae sub modo
c. 2 . . . . . 239, 240
9, 12 ad leg. Juliam de ui
c. 7 . . . 394, 423 flg., 436
9, 32 de crim. exp. her. c. 6 28
11, 30 de iure rei publicae c. 4 480
11, 40 de sol. deb. ciu. c. un. § 1 28
11, 59 de omni agro deserto
c. 8 . . . . . 12, 480 flg.

Codex Theodosianus.

de Theod. cod. auctoritate § 3 408
1, 1 de const. princ. c. 6 § 1 406
1, 11 de off. com. rei priuatae
c. 1 404
1, 14 de legibus c. 3 § 1 . 406
2, 1 de iurisdictione
c. 8 . . . 395, 427 flg., 437
2, 26 Fin. reg.
c. 1 . . . . . 398, 476
c. 2 . . . . 398, 424, 436
4, 13 de longi temp. praesc. c. 2 275
4, 18 de fructibus c. 1 . . . 412
4, 22 Unde ui
c. 1 . . . . 398, 420, 427
c. 2 408
c. 3 399 flg., 409 flg., 421, 422, 424 flg., 435 flg.
c. 4 420
c. 6 . . . . . 420, 428
8, 12 de don.
c. 8 pr. . . . . 332 flg.
c. 9 333
9, 1 de accusationibus . . . 395
c. 1 398
9, 10 ad leg. Juliam de ui
c. 1 393
c. 2 . . . . . 393, 416
c. 3 . 392 flg., 407, 412, 416, 423 flg., 436

Seite

9, 42 de bon. proscr.
c. 7 401
c. 12 u. 13 404
c. 14 . . . . . 404 flg.
c. 16 u. 19 u. 20 u. 21 . 405
c. 22 . . . . . 405 flg.
10, 9 de incorporatione
c. 1 . . . . . 400, 401
11, 36 Quor. app. c. 25 . . 482
15, 14 de inf. his
c. 5 u. 6 u. 7 u. 8 . . 402
c. 10 404

Cornelius Nepos.

Timoleon 4, 1 56

Digesta.

1, 2 O. J.
fr. 2 § 24 150
§ 41 313
1, 8 de diu. rer.
fr. 5 § 1 u. 6 pr. u. 10 . 73
2, 8 Qui satisdare
fr. 15 § 2 . 242, 245 flg., 334
3, 3 de proc.
fr. 1 pr. 324
fr. 33 § 1 151
3, 5 N. G. fr. 23 . . 216, 222
4, 2 Q. M. C.
fr. 9 pr. 50, 55
fr. 12 § 1 373
fr. 21 § 5 349
4, 3 de dolo malo
fr. 31 . 37, 76, 114, 125, 199
4, 6 ex quib. caus.
fr. 12 152
fr. 19 249
4, 8 de rec. fr. 32 § 20 . . 12
5, 3 H. P. fr. 13 pr. . . . 314
5, 4 Si pars her. fr. 10 258, 277
6, 1 R. V.
fr. 1 § 3 — fr. 3 pr. . . 183
fr. 21 149
fr. 46 . . . 254, 284, 286
fr. 47 254
fr. 68 472
fr. 77 . . . 164, 323, 335
fr. 80 473
6, 2 de Publiciana
fr. 9 § 1 257
fr. 9 § 4 187
fr. 15 147
7, 1 de usufructu fr. 12 § 3 . 147

Seite

7, 1 de usufructu fr. 48 pr.
u. 64 u. 65 pr. . . . 387
7, 4 Quibus modis
fr. 6 467
fr. 29 pr. 106, 319
8, 1 de seru. fr. 20 . . . 18
8, 2 de seru. pr. urb.
fr. 14 u. 33 171
8, 3 de seru. pr. rust. fr. 29 . 171
8, 4 Comm. praed.
fr. 6 pr. u. 16 171
9, 4 de nox. act. fr. 22 § 1 . 314
10, 1 Fin. reg. fr. 4 § 10 . 171
10, 3 Comm. diu.
fr. 7 § 5 375, 382, 470 flg., 477
10, 4 ad exh. fr. 5 § 6 . . 149
11, 7 de religiosis
fr. 2 § 7 u. § 9 348
12, 1 R. C.
fr. 2 § 4 u. fr. 9 § 8 . . 229
fr. 9 § 9 . . . . 165, 257
fr. 15 229
fr. 18 pr. 104
13, 5 de const. pec. fr. 22 . 231
13, 6 Commodati
fr. 5 § 15 . . . 180, 188 flg.
fr. 17 § 4 199
13, 7 de pign. act.
fr. 1 pr. 228
fr. 11 § 6 . . . . . 225 flg.
§ 7 228
fr. 22 § 3 . . . . . 249 flg.
fr. 24 pr. 282
fr. 29 117
fr. 35 § 1 . . 251, 319, 320
fr. 37 100, 114, 117, 251, 319, 382
15, 1 de peculio
fr. 5 § 1 242
fr. 47 § 6 314
15, 3 de in rem uerso
fr. 16 98
fr. 17 pr. 215
16, 3 Depositi fr. 15 . . . 319
17, 1 Mandati fr. 34 . . . 229
17, 2 pro socio fr. 1 § 1 u. fr. 2 333
18, 1 C. E.
fr. 18 § 1 . . . . . 10, 171
fr. 68 § 2 9
fr. 78 § 1 9, 16, 109, 119, 170
18, 6 de per. et comm. fr. 17 102
19, 1 A. E. V.
fr. 2 § 1 . . . . . 10, 17
fr. 3 § 1 10

	Seite
19, 1 A. E. V.	
fr. 3 § 2	18
fr. 6 § 5	171
fr. 13 § 21	242
fr. 20	319
fr. 36	9, 336
fr. 48	9, 171
19, 2 Loc. Cond.	
fr. 4	263
fr. 9 § 6 u. fr. 15 § 9 u. fr. 19 § 2	319
fr. 20 § 2	293
fr. 33	12
fr. 60 § 1	42, 98
20, 4 Qui potiores fr. 14	187
21, 1 ad aed. ed. fr. 51 § 1	215
21, 2 de euict. fr. 62 pr.	257
21, 3 de exc. rei uend.	
fr. 1 § 5	243
22, 1 de usuris	
fr. 4 pr.	11, 13
24, 1 de don. i. u. et ux.	
fr. 3 pr.	226
§ 12	286 flg.
fr. 26 pr.	335
fr. 32 § 1	224, 226
§ 3	256, 351
§ 5	251
fr. 44	254, 255, 284 flg., 334
fr. 59	223
25, 2 A. R. A. fr. 22 pr.	255
25, 6 Si mulier uentr. nom.	
fr. un. § 2, 6, 7	379
30, 1 Leg. fr. 1	233
33, 7 de instr. u. instrum.	
fr. 12 § 3 u. fr. 20 § 1	98
36, 1 ad S. C. Treb. fr. 75 pr.	231
36, 4 Ut in poss. fr. 5 pr.	17
39, 1 O. N. N.	
fr. 5 § 10	467
fr. 8 pr.	171
fr. 20 § 8	382
39, 2 de damno inf.	
fr. 7 pr.	388
fr. 13 § 3	171
fr. 15 § 21	33, 35, 40
§ 23	354
§ 36	388
fr. 18 § 5	387 flg.
§ 13, § 14	388
39, 3 Aquae et aquae pluuiae	
fr. 6 pr.	171
39, 5 de donationibus fr. 13	215
39, 5 de donationibus	
fr. 35 § 1	9
§ 2	229
40, 12 de lib. causa	
fr. 7 § 5	150
fr. 10	153
fr. 24 pr.	150
fr. 25 § 2	150, 151
fr. 29 pr.	150
41, 1 A. R. D.	
fr. 7 § 5	171
fr. 9 § 5	257
fr. 10	136
fr. 11	109, 119
fr. 13 pr.	216 flg.
§ 1	219, 222
fr. 14	73
fr. 20 § 2	221
fr. 21 pr.	145, 146
§ 1	254, 284, 286
fr. 30 § 4	73
fr. 31 pr., fr. 36	104
fr. 37 § 6	215
fr. 48 pr.	459
fr. 53	220, 221 flg.
fr. 54 § 4	146
41, 2 A. u. A. P.	
fr. 1 pr.	161
§ 3	119
§ 4	82 flg., 236 flg.
§ 5	215, 248
§ 6	146
§ 14	145 flg.
§ 15	149, 182, 249
§ 16	336
§ 19	214
§ 20	82 flg., 214, 219
§ 21	165
§ 22	232, 248
fr. 2	232, 367
fr. 3 § 1	131, 164
§ 3	165, 257
§ 4	258
§ 5	138, 161, 180, 187 flg. 201
§ 6	76, 131, 133, 166 204 flg.
§ 7	114
§ 8	37, 47 flg., 67 flg., 98, 114, 121, 129, 133, 370, 383
§ 9	96
§ 10	31, 35, 152 flg.

Seite

41, 2 A. u. A. P.
fr. 3 § 11 . . . . 113, 159
§ 12 . . . . . 98, 105
§ 13 . . . 29, 30, 145
§ 16 144
§ 17 . . . . . 73, 354
§ 18 278
§ 19 259
§ 20 . . . . 269, 278
§ 21 . . . . 258, 314
§ 23 . . . . 313, 354
fr. 6 pr. . 161, 192, 368, 455, 482
§ 1 . . 66, 136 flg., 367 flg., 386, 440, 446, 452
fr. 7 . 66, 67 flg., 121, 133, 136 flg, 370, 383
fr. 8 . . . . 76, 135 flg.
fr. 9 . . . . . 99, 100
fr. 10 pr. 257, 292
§ 1 . . . . . 292 flg.
fr. 13 pr. 31, 149
§ 7 . . . 242, 280 flg.
§ 12 281
fr. 15 . . . . . 76, 148
fr. 17 § 1 . . . 237 flg., 353
fr. 18 pr. . . . . 324 flg.
§ 1 . 82 flg., 311, 355
§ 2 . . . 14, 169 flg.
§ 3 . . . 44, 192, 353
§ 4 194
fr. 19 pr. . . 209, 233, 283
§ 1 . . 255, 259, 269
fr. 21 pr. . . 242, 243, 334
§ 2 291
§ 3 . . . 290 flg., 347
fr. 23 § 1 351
§ 2 200
fr. 24 215
fr. 25 pr. 29
§ 1 . 43, 97, 99, 105, 163
§ 2 38, 62, 67 flg., 122 flg. 366 flg., 370, 377, 384, 386, 448
fr. 27 . . . . . 125 flg.
fr. 28 100, 233 flg., 250, 319, 322
fr. 29 . . 76, 110, 119, 316
fr. 30 § 1 . 96, 302, 304, 350
§ 2 354
§ 3 . . . 73, 351, 354
§ 4 . . . . 204, 236
§ 5 98

Seite

41, 2 A. u. A. P.
fr. 30 § 6 . . . . . 99, 106
fr. 31 . . 35, 111, 358, 387
fr. 32 § 1 106, 277 flg., 287 flg.
§ 2 161
fr. 33 . . . . 9, 170, 379
fr. 34 pr. . 9, 76, 85, 88, 165, 203, 255, 290, 305
§ 1 . . . . 216, 222
§ 2 147
fr. 36 . . 149, 182, 248 flg.
fr. 37 . . 100, 251, 319, 320
fr. 38 pr. 153
§ 1 305
fr. 40 pr. 106
§ 1 32, 35 flg., 43 flg., 98
§ 3 . 103 flg., 118, 321
fr. 42 § 1 . . . . 216, 222
fr. 44 pr. 301
§ 1 215
§ 2 . . 37, 75 flg., 115, 234 flg., 301 flg., 305, 347
fr. 45 . . . . . 75 flg., 98
fr. 46 . 75 flg., 127 flg., 139, 142, 306
fr. 47 23, 27 flg., 31, 76, 97, 145, 157, 199
fr. 48 . . . . 170, 335 flg.
fr. 49 § 1 . . . . 120, 350
§ 2 . . 215, 216, 222
fr. 50 § 1 . . . . 150, 155
fr. 51 164, 210 flg., 290, 315
fr. 52 § 2 . . 11, 13, 39, 336

41, 3 de usurp.
fr. 4 § 13 255
§ 22 9, 19, 20, 21, 49, 62, 63, 92, 200, 460, 463
§ 23, 24, 25, 26 . 457
§ 27 . . . 11, 460, 474
fr. 13 pr. 182
fr. 15 pr. 248
§ 1 152
fr. 16 . . . . . 182, 249
fr. 20 47
fr. 21 . 102 flg., 111, 116 flg., 321, 356
fr. 27 104
fr. 30 § 2 . . . . 183, 259
fr. 31 § 2 147
§ 3 . 97, 99, 105, 163
§ 4 259
fr. 32 pr. 255

Seite

41, 3 de usurp.
fr. 32 § 2 315
fr. 33 § 1 47, 253 flg., 256 flg., 260 flg., 266 flg., 269 flg., 277
§ 2 . . 55 flg., 60, 459
§ 4 . . . . 182, 249
§ 5 117
§ 6 . 105, 149, 292 flg.
fr. 37 13
fr. 37 § 1 20, 24, 460 flg., 474
fr. 38 . . . . . 460 flg.
fr. 41 211
fr. 44 § 3 248
§ 6 163
fr. 45 § 1 248
fr. 47 . . . 215, 216, 222
41, 4 pro empt.
fr. 1 254
fr. 2 § 14 259
§ 21 . . 254, 255, 321
fr. 3 254
fr. 6 pr. . . 243, 255, 283
§ 2 47
fr. 7 pr. 37
fr. 11 463
41, 5 pro herede
fr. 2 § 1 . . . . 247, 260
§ 2 260
41, 6 pro donato
fr. 1 § 2 . 260, 267, 269, 279
41, 7 pro derelicto
fr 1 . . . . 74, 78, 130
fr. 2 § 1 77
fr. 4 463
41, 8 pro legato fr. 8 . . . 243
41, 10 pro suo
fr. 1 258
fr. 2 u. 3 314
43, 1 de interd. fr. 2 § 3 381, 431
43, 3 Quod leg.
fr. 1 § 2 78
§ 9 17
43, 4 Ne uis fiat ei
fr. 1 § 1 . . . . 379, 389
§ 3 379
43, 16 de ui
fr. 1 380
fr. 1 pr. 382, 410
§ 2 64
§ 6 . . . . 410, 429
§ 9 388
§ 22 . . 72, 99, 101, 358

Seite

43, 16 de ui
fr. 1 § 23 380
§ 24 67 flg., 116, 369 flg., 386, 456
§ 25 . 26, 113, 115, 119, 125
§ 27 . . . 372 flg., 432
§ 29 . . 51 flg., 60, 68
§ 30 431
§ 31 467
§ 33 flg. 410
§ 38 193
§ 42 20
§ 46 . . . 198 flg., 359
§ 47 . . . 198 flg., 353
fr. 3 380
fr. 3 § 2 u. 5 385
§ 6 . . . . 57 flg., 60
§ 7 . . 57 flg., 60, 383
§ 8 . 379 flg., 431, 460
§ 9 . 50, 372, 376, 380, 382, 383, 431, 432 flg., 442
§ 10 u. 11 . . 383, 431
§ 12 . . . . . 381 flg.
§ 14 . . . . . 386 flg.
fr. 5 349
fr. 12 86, 113, 170, 278, 292, 336, 343, 386
fr. 14 431
fr. 15 468
fr. 17 . . . . . 50, 433
fr. 18 pr. . 9, 78, 87 flg., 113, 170, 278, 309 flg., 343, 344, 386
fr. 20 . . . . . 72, 98, 99
43, 17 Uti poss.
fr. 1 § 3 234
§ 7 . . . . . 389 flg.
fr. 3 pr. . . . . 182 flg.
§ 2—4 390
§ 7 . . . . . 390 flg.
§ 10 459
§ 11 378
43, 19 de itinere
fr. 1 § 11 250
fr. 3 pr. 469
fr. 3 § 6 9
43, 23 de cloacis fr. 1 § 11 . 171
43, 24 Quod ui aut cl.
fr. 7 § 2 u. 4 467
§ 6 u. 7 469
§ 9 468

Seite

43, 24 Quod ui aut cl.
fr. 11 § 5 467
fr. 15 § 3 382
§ 7 467
fr. 16 § 1, fr. 18 pr.,
fr. 22 § 3 469
43, 26 de prec.
fr. 1 pr § 2 242
fr. 2 pr. 242, 344
fr. 4 pr. 250
§ 2 . . . . . 345 flg.
§ 3 250
§ 4 . 242, 262, 264, 352
fr. 5 . . 244, 255, 256, 259, 264 flg., 352
fr. 6 pr. 352
§ 1 346
§ 2 . . . . . 99, 242
§ 3 243, 253, 255, 260, 279
§ 4 . 250 flg., 282, 367
fr. 7 242
fr. 8 pr. . . . 251, 344 flg.
§ 1 262
§ 8 . . . . 263, 382
fr. 9 281
fr. 11 . . . . . 252, 261
fr. 12 pr. 252
§ 1 263
fr. 13 346
fr. 15 § 3 252
§ 4 . 157, 181 flg., 242
fr. 16 264
fr. 17 . . . . . 181, 265
fr. 18 . . . . . 242, 245
fr. 19 pr. 188
fr. 20 . . . . . 252, 266
fr. 21 99
fr. 22 pr. . 242, 244, 255, 279, 318, 334
43, 27 de arb. caed. fr. 1 § 8 171
43, 33 de Saluiano interdicto 282
44, 3 de diu. temp. fr. 11 263, 273
44, 4 de doli exc. fr. 4 § 12 387
44, 7 O. et A.
fr. 16 . . . . . 246 flg.
fr. 44 § 1 . . . . . 240 flg.
45, 1 V. O.
fr. 52 § 1 u. fr. 75 § 7 . 12
fr. 126 § 2 229
45, 3 de stip. seru. fr. 17 . 171
fr. 37—40 146
46, 1 de fidei. fr. 21 pr. . . 231

Seite

46, 3 Sol. fr. 80 130
47, 2 de furtis
fr. 14 § 17 . . 215, 220 flg.
fr. 17 § 3 . . . . 147, 148
fr. 25 pr. 271
fr. 68 pr. 28
fr. 85 255
fr. 93 475
47, 4 Si is qui test. lib.
fr. 1 § 15 . . . . 120, 248
47, 8 Vi bon. rapt.
fr. 2 § 1 64
fr. 4 § 6 51
fr. 6 458
48, 6 ad leg. Jul. de ui publ.
fr. 3 § 6 64
48, 7 ad leg. Jul. de ui priu.
fr. 5 64
48, 17 de req. fr. 2 . . . 78
49, 14 de iure fisci fr. 50 . 9
49, 15 de captiuis fr. 29 . . 248
50, 16 V. S.
fr. 19 129
fr. 60 pr. 172
fr. 115 178
fr. 238 § 2 250
50, 17 R. J.
fr. 35 130
fr. 45 pr. . . 234, 319, 337
fr. 100 130
fr. 153 76, 79 flg., 129 flg., 301
fr. 156 pr. 473

Edictum Theodorici.

c. 10 . . . . . 413, 415
c. 75 414
c. 76 . . . 413 flg., 419, 454

Epitome.

6, 18 . . . . . 122, 123

Festus.

pag. 233 178

Fragmentum de manumissionibus.

§ 6 153

Fragmenta Vaticana.

1 . . . . . 254, 256, 351
47 a 332
89 . . . . . 147, 148

Seite

131 u. 132 213
249[7] 14, 15
252 338
283 239
293[1] 14
293[2] 258
312 382
314 11
316 9

Frontinus.

pag. 44 . . . . . 183, 186

Gaius.

1, 19 213
2, 6 483
2, 14 457
2, 20 104
2, 45 456
2, 49 458
2, 50 13
2, 51 . 13, 20, 24, 92, 271, 451, 461 flg.
2, 57 266
2, 59 261
2, 60 . . . 244 flg., 261, 282
2, 61 261
2, 90 u. 94 . . . . 146, 248
2, 95 . . . . . 211 flg., 220
2, 126 462
4, 131[a] 9
4, 141 . . . . . 186, 364
4, 150 144
4, 153 . 38, 94, 97, 99, 100 flg., 107 flg., 121, 367
4, 154 u. 155 . . 371, 430, 454
4, 167 185
4, 168 186
4, 170 192

Gellius N. A.

4, 12 § 1 25
11, 18 § 3 270
20, 1 § 13 363

Gortyn'er Recht.

6, 6 313

Herodianus ab exc.

2, 4 § 6 480

Institutiones Iustiniani.

c. Imperatoriam § 6 . . . 462

Seite

2, 6 de usucap.
§ 2 456
§ 3 271
§ 6 13
§ 7 . 13, 21, 24, 461 flg., 474
§ 8 458
2, 9 per quas pers. § 5 . . 220
4, 2 Vi bon. rapt. § 1 . . 435
4, 15 de interd.
§ 5 . . . . . 101, 165 flg.
§ 6 . . 64, 450, 435 flg., 454
§ 8 . . . . . 428 flg.
4, 18 de publ. iud. § 8 . . 58

Isidorus origines.

5, 25 § 17 245
5, 26 64

Latinus Pacatus.

Paneg. c. 25, c. 26, c. 45 . . 401

Lex agraria.

Zle 18 . . . . . 49, 454
Zle 19 213

Lex Gundobaldi.

25, 1; 27, 1, 4, 7 413

Lex Romana Burgundionum.

Tit. 8 . . . . . 412 flg.

Lex Romana Visigotherum.

Interpr. zu
c. 8 C. Th. Unde ui 4, 20 (= 22) . 415 flg., 426, 436
c. 6 420
c. 2 C. Th. ad leg. Jul. de ui 9, 7 . . . . 416, 436
Paul. Sent. 5, 7, 5 = 5, 6, 7 417, 454
Interp. dazu 417

Livius.

26, 27 § 12 103

Mecklenburgische Stadtbuch-Ordnung.

§ 8 No. 1 339

Novellae Iustiniani.

119 c. 7 . . . 272, 463, 474
162 pr. 465

Seite

Novellae Valentiniani III.

Tit. 8 de inusoribus
c. 1 . . . 408 flg., 421, 425
c. 2 411
Tit. 34 de episc. iud. c. 1 § 1 426

Pauli sententiae.

1, 17 § 1 457
2, 23 § 5 223
2, 31 § 37 149
4, 14 § 3 155
5, 2 § 1 . . . . . 113, 166
§ 2 . . 212 flg., 227, 326
§ 4 273
5, 6 § 4 . . . . . 53, 56
§ 6 . . 67 flg., 201, 386
§ 7 . . . . . 371, 372
§ 11 . . . . . 242, 281
§ 12 . . . . . 263 flg.
5, 11 § 2 316
5, 26 § 3 . . . . . 58, 64

Plautus.

Capt. 771 483
Trin. 484 483

(Quinctilianus) declamationes.

12, 4 4

Reichsgesetzgebung.

H.G.B. Art. 306 338
„ 376 328
„ 439 u. 649 . . 334
K.O. E.G. § 14 Abs. 1 . . 338
StrafG.B. § 240 65

Rhetor ad Herennium.

4, 29 § 40 . . 9, 16, 18, 19, 96

Seite

Syrisch-römisches Rechtsbuch.

Londoner Hs. § 97 412

Suetonius.

Vesp. 8 . . . . . 12, 479 flg.
10 402

Tacitus.

Hist. 4, 40 402

Terentius.

Eunuchus 2, 3 u. 28, 29 . . 313

Der sog. Theophilus.

2, 6 de usuc.
§ 2 456
§ 7 . . . . . 23, 24
4, 15 de interd.
§ 5 . . . 113, 166 flg., 220
§ 5 Sch. . . . . 133 flg.

Ulpiani fragmenta.

19, 7 104

Urkunden.

Verkäufe und Schenkungen . 10
Verkauf der Tulgilo . 10, 307 flg.
Militärabschiede 308

Wismar'sche Gottesacker-Ordnung.

§ 1 348
§ 11 484

Zwölftafelrecht.

Bruns I, 1 u. 2; III, 2 . . 312
III, 3 u. 6; V, 4 u. 5 u. 7a;
VII, 7 313

Textbemerkungen.

Seite

Cod. J. 4, 27 per quas prs. c. 1 232
per liberam personam interpoliert statt per procuratorem.
Cod. J. 7, 32 A. et R. P. c. 1 . . . . . 222 flg.
per liberam personam interpoliert statt per procuratorem.
Cod. J. eodem c. 12 pr. 40
statt eam lies clam.
Cod. J. 7, 39 de praescr. XXX u. XXXX ann. c. 2 275
statt initium hatte der Urtext vielleicht iustum initium.

Seite

Cod. Th. 4, 22 Unde ui c. 3 406
Quod quidem etiam in priuatis obseruandum negotiis generali lege sancimus könnte auf Interpolation beruhen.

Dig. 2, 8 Qui satisdare fr. 15 § 2 245
pignus interpoliert ſtatt fiduciam.

Dig. 4, 6 Ex quib. caus. fr. 19 249
interruptam possessionem interpoliert ſtatt interruptam usucapionem.

Dig. 6, 1 R. V. fr. 77 335
ob interpoliert?

Dig. 10, 3 Comm. diu. fr. 7 § 5 . . . . . 470 flg.
Ulpian könnte geſchrieben haben: nam de clandestina possessione non quidem competere interdictum inquit, sed et eum, qui clam dicatur possidere ab aduersario, impune deici.

Dig. 13, 7 de pign. act. fr. 11 § 7 . . . . . 225 flg.
plerumque. semper ſind eingeſchoben; ſtatt per liberam personam possessionem adquiri wird Ulpian per procuratorem u. ſ. w. geſchrieben haben.

Dig. eodem fr. 22 § 3 249
pignus beide Male interpoliert ſtatt fiduciam.

Dig. 19, 1. A. E. V. fr. 2 § 1 10
in possessione braucht man nicht zu ſtreichen.

Dig. eodem fr. 4 263
deditue iſt vielleicht ſchon von den Compilatoren geſtrichen.

Dig. 22, 1 Us. fr. 4 pr. 11
traditionem interpoliert ſtatt mancipationem.

Dig. 40, 12 de lib. causa fr. 25 § 2 151
ſtatt ei tradatur ſchrieb Gajus mancipio accipiat.

Dig. 41, 1 A. R. D. fr. 13 pr. 216
id est proprietas Gloſſem.

Dig. eodem fr. 20 § 2 221
ſtatt per liberam personam omnium rerum ſchrieb Ulpian per procuratorem omnium rerum.

Dig. eodem fr. 53 u. 54 146
beide Stellen ſind mit Schulting dem Pomponius und nicht dem Paulus zuzuſchreiben.

Dig. eodem fr. 53 221
per quemlibet interpoliert.

Dig. 41, 2 A. u. A. P. fr. 1 § 14 . . . . . 145 flg.
licet . . usucapi vielleicht Gloſſem.

Dig. eodem fr. 2 232
per liberam personam und idque werden von den Compilatoren herrühren.

Dig. eodem fr. 3 § 3 . . . . . 165, 257
ſtatt Neratius iſt vielleicht Nerua zu leſen.

Dig. eodem fr. 3 § 10 152
ut fecit Spartacus mit Mommſen zu ſtreichen.

Dig. eodem fr. 6 § 1 . . . . . 367, 368
hinter profectus wird si einzuſchalten ſein.

Dig. eodem fr. 8 187
quemadmodum iſt nicht in ut igitur zu verwandeln.

Dig. eodem fr. 17 § 1 . . . . . 237 flg.
eine durch Streichungen unverſtändlich gewordene Stelle. Im

Seite

Anfang iſt vielleicht geſtrichen: cum ad tempus proprietas transferri nequiuerit. Am Schluß könnte Ulpian etwa geſchrieben haben: si quis igitur ea mente rem tradidit, ut post tempus ad eum rediret, dominus nihilominus manet, sed desinit possidere et similis est ei, qui ita possessionem tradidit, ut postea ei restituatur.

Dig. eodem fr. 18 § 2 . . . . . 172, 173
aut in ut zu verwandeln, wohl kaum nötig.

Dig. eodem fr. 25 § 2 122
ließ nos, nicht non.

Dig. eodem fr. 36 . . . . . 248 flg.
possidere interpoliert ſtatt usucapere; per diutinam possessionem capiet ſtatt usucapiet; capionem ſtatt usucapionem; pignoris ſtatt fiduciae. Außerdem muß etwas geſtrichen oder ausgefallen ſein.

Dig. eodem fr. 40 § 1 44
hinter decessisset bedarf es keiner Einſchiebung; contineretur iſt beizubehalten.

Dig. eodem fr. 40 § 3 103
quia mit dem Infinitiv bedarf keiner Aenderung.

Dig. eodem fr. 47 . . . . . 27, 145
hinter commodato iſt concessam oder ähnliches ausgefallen; vor fieri vielleicht: seruari nec damnum possessioni ueteri.

Dig. 41, 3 de usurp. fr. 4 § 26 457
per longum tempus interpoliert für biennio.

Dig. eodem fr. 15 § 1 152
si pro libero se gerat als Gloſſem zu ſtreichen.

Dig. eodem fr. 31 147
Die Stelle iſt mit Schulting dem Pomponius und nicht dem Paulus zuzuſchreiben.

Dig. eodem fr. 33 § 1 . . . . . 260 flg.
hinter idque per haec probari posse haben die Compilatoren die Beiſpiele geſtrichen, und am Schluſſe iſt eine ähnliche Streichung vorgenommen.

Dig. eodem fr. 33 § 2 55
existimauerit iſt nicht in extimuerit zu verwandeln.

Dig. eodem fr. 33 § 6 105
quod si bedarf keiner Aenderung.

Dig. 41, 3 de usurp. fr. 45 § 1 248
hinter domini iſt ni einzuſchalten.

Dig. 43, 1 de interd. fr. 2 § 3 381
vor retinendae possessionis haben die Compilatoren geſtrichen.

Dig. 43, 16 de ui fr. 1 § 27 . . . . . 372 flg.
Mommſen's Einſchaltung ‚quod in interdicto de ui armata receptum est' iſt zu verwerfen.

Dig. eodem fr. 1 § 29 52
ließ ego, nicht ergo.

Dig. eodem fr. 1 § 47 199
quoque zu ſtreichen, wohl kaum nötig.

Dig. eodem fr. 3 § 9 . . . . . 372, 383, 432 flg.
sed hoc confestim, non ex interuallo ſowie non ex interuallo, sed ex continenti ſcheinen von den Compilatoren hinzugefügt zu ſein.

Seite

Dig. eodem fr. 8 § 13 381
beginnt ſchon mit Unde ui.

Dig. 43, 17 Uti poss. 182
vielleicht iſt zu leſen: neutrum nostrum uincet uter.

Dig. 43, 26 de prec. fr. 4 § 4 262
qui precario rogauerit nicht zu ſtreichen.

Dig. eodem fr. 6 § 3 . . . . . 243, 253
existimare braucht man nicht zu verwandeln in existimari; zwiſchen etiam und pro emptore vielleicht einzuſchalten: pro emptore possidere et si a non domino emisset; dominium capere interpoliert ſtatt usucapere.

Dig. eodem fr. 15 § 4 181
mit Mommſen possideat zu leſen.

Dig. 44, 7 O. et A. fr. 16 . . . . . 246 flg.
pignoris causa ei tradiderat interpoliert ſtatt fiduciae causa ei mancipauerat; per traditionem ſtatt mancipio; aber nicht possessio ſtatt fiducia; als Gloſſem zu ſtreichen rem peculiarem.

Dig. eodem fr. 44 § 1 . . . . . 240 flg.
der vermittelnde Gedanke von den Compilatoren fortgelaſſen.

Dig. 47, 2 de furtis fr. 14 § 17 221
per liberam personam hineininterpoliert.

Fr. Vat. 252 338
am Schluſſe iſt vielleicht zu leſen: redire iussisset (per seruos) possessionem praediorum (quaesitam) constare.

Gaius 2, 51 461
nam iſt nicht in quam zu verwandeln; am Schluſſe iſt zu leſen nihil omnino und nocetur.

Gaius 2, 95 . . . . . 211 flg.
zu leſen bezw. zu ergänzen iſt pe(r procuratorem).

Gaius 4, 154 371
am Schluſſe iſt zu leſen: cum, qui a me ui aut clam aut precario possideret, inpune deici potest.

Inst. 2, 9 per quas pers. § 5 220
per liberam personam ueluti interpoliert.

Lex Rom. Burg. tit. 8 412
post conuencionem kaum richtig.

Lex Rom. Vis. interp. zu Paul. sent. 5, 7, 5 417
ſtatt fiduciam mit Schulting fiduciarii zu leſen.

Nou. Valentiniani III tit. 8 c. 1 § 3 410
ſtatt securitate mit Gothofred seueritate zu leſen.

Paul. sent 5, 6, 12 . . . . . 264 flg.
die Stelle ſcheint nur unvollkommen überliefert zu ſein.

Frommann'ſche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena.

HARVARD LAW LIBRARY

Gift of

John Chipman Gray

RECEIVED APR 6 1933